LAS
SIETE PARTIDAS
DEL
SABIO REY D. ALONSO EL IX,

con las variantes de mas interés, y con la glosa

DEL LIC. GREGORIO LOPEZ,

DEL CONSEJO REAL DE INDIAS DE S. M.,

VERTIDA AL CASTELLANO Y ESTENSAMENTE ADICIONADA CON NUEVAS NOTAS Y COMENTARIOS Y UNAS TABLAS SINÓPTICAS COMPARATIVAS, SOBRE LA LEGISLACION ESPAÑOLA, ANTIGUA Y MODERNA, HASTA SU ACTUAL ESTADO,

POR D. IGNACIO SANPONTS Y BARBA, D. RAMON MARTI DE EIXALÁ, Y D. JOSÉ FERRER Y SUBIRANA,

Profesores que han sido de Jurisprudencia en la Universidad literaria

DE BARCELONA.

TOMO III.

BARCELONA,
IMPRENTA DE ANTONIO BERGNES Y C^{a}., CALLE DE ESCUDELLERS N°. 2.
1843.





AQUI COMIENZA

LA

QUINTA PARTIDA

DESTE LIBRO,

Que fabla de los Emprestidos, e de las Vendidas, e de las Compras, e de los Cambios, e de todos los otros pleytos, e posturas que fazen los omes entre si, de qual natura quier que sean.

PROLOGO.

Nascen entre los omes muchos enxecos, e grandes contiendas, en razon de los pleytos, e de las posturas, que ponen los vnos con otros. E como quier que en el comienço (1) se fagan a plazer de amas las partes, todas las mas vegadas acaesce, que se mudan despues las voluntades, por que han a venir a contienda sobre ello. Onde, pues que en la quarta Partida ante desta fablamos de los casamientos, e del linaje que dellos sale, e de todos los otros debdos que los omes han entre si por debdo de parentesco, o de señorio, o de cuñadadgo, o de amistad; en esta quinta diremos, de todos los otros debdos que crescen entre ellos por razon de postura; assi como por emprestido, o por donadio, o por condesijo, o por donacion, o por compra, o por vendida, o por camio, o por loguero, o por compañia, o por fiaduria, o por peño, o por postura, o por otro pleyto qualquiera con plazer de amas las partes: e de todas las otras cosas, que a alguna destas razones pertenescen. E porque estos pleytos, e posturas, a que llaman en latin *contractus*, son los vnos de gracia, e de amor, que se fazen los vnos a los otros: e los otros son por razon de su pro de amas las partes; porende Nos queremos aqui fablar de los pleytos de gracia, porque son los fechos dellos mas nobles (2), e mas honrrados a los que los fazen (3); assi como de emprestar, e dar, sin recebir ende luego camio, o gualardon por ellos. E despues fablaremos de cada vno de los otros ordenadamente, assi como conuiene.

(1) L. 5. C. de *oblig. et act.*

(2) Debe principiarse por lo mas noble y meritorio; segun esta l. y la l. 2. D. de *stat hom.* y la Gloss .en la rubr. C. *de bon. poss. cont. tab.* y en el §. *Aliam ynst. de bon. poss.*

(3) Porque es mas laudable dar que recibir, *Actuum* 20, cap. v. 35, y el cap. *prædicator*, 16. q. 1. y el cap. 1. *de donat.*

TITULO I.

QUE FABLA DE LOS EMPRESTIDOS.

Emprestido es vna natura de pleyto de gracia (4), que acaesce mucho a menudo entre los omes, de que resciben plazer, e ayuda, los vnos de los otros. E porende, pues que en el Prologo desta Partida fezimos enmiente dellos, queremos aqui dezir, que cosa son. E a que tienen pro. E

(4) He aquí que el mutuo es un contrato lucrativo, y que nadie puede ser precisado ni compelido á dar prestado. Esceptúase 1.° si precedió promesa de prestar, pues faltando á ella el promitente deberá la indemnizacion, l. 68. D. *de verb. oblig.* y Bart. en la l. 62. D. *de fidejuss.* en la penúlt. cuest. 2.ª En el caso de necesidad urgente y apremiadora del pueblo ó ciudad,

quantas maneras son dellos. E de que cosas se han de fazer. E quien los puede fazer. (*a*) E en que lugar. E que fuerça han. E que pena deuen auer, los que lo non tornaren.

LEY 1. *Que cosa es emprestido, e que pro nasce del, e quantas maneras son de emprestido, e de que cosas se puede fazer.*

(*b*) Emprestamo es vna manera de pleyto, de guisa que fazen los omes entre si, emprestando los vnos a los otros de lo suyo, quando lo han menester: e nasce ende muy gran pro. Ca se ayuda ome de las cosas agenas, como de las suyas, e cresce, e nasce entre los omes a las vegadas, amor por esta razon: e son dos maneras de emprestamo. La vna es mas natural que la otra, e esta es, como quando emprestan vnos a otros, alguna de las cosas que son acostumbradas a contar (5), pesar, o medir. E tal prestamo como este, es llamado en latin; *mutuum* que quiere tanto dezir en ro-

(*a*) et á quién: et quándo deben seer tornadas et en qué logar: et qué fuerza han: Acad.

(*b*) Emprestar es una manera de grácia que facen Acad.

puede precisarse á los ricos á que den prestado, satisfaciéndoseles despues paulatinamente, por medio de derrama sobre toda la poblacion, segun opina Guill. de Cugneo en la l. 11. C. *de Sacros. Eccles.*, fundado en la l. 1. C. de *omni agro*, sobre la cual véase tambien á Jean de Plat. 3.° Si el que pide prestado se halla en estrema necesidad, el que pueda está obligado á socorrerle: la limosna es entónces obligatoria, de consiguiente y con mayor razon el préstamo, *arg.* cap. *pasce*, 86. dist.; y parece que segun el cap. *sicut*, 47 dist. y allí la Gloss. pueden en tiempo de necesidad los pobres implorar el oficio del juez eclesiástico, para que los ricos les hagan participes de los frutos que tengan en su poder; y segun Abb. en el cap. 1. *de empt. et vend.* puede apelarse á la escomunion: en tiempo de necesidad todas las cosas deben comunicarse. Esto, en la opinion de Baldo, es mas bien consejo que precepto obligatorio en el foro esterno, lo que espresa en la l. 5, col. 4. vers. *opponitur tertio*, D. *de just. et jur:* y sobre este punto véase el *Deuter.* cap. 15, v. 7: *Si unus de fratribus tuis, qui morantur intra portas civitatis tuæ, in terra quam dominus Deus tuus daturus est tibi, ad paupertatem venerit; non obdurabis cor tuum, nec contrahes manum, sed aperies eam pauperi, et dabis mutuum, quo eum indigere prospexeris*, etc. y á S. Mateo, cap. 5, v. 42. *Volenti mutuari à te, ne avertaris*: y cuando la necesidad es estrema la limosna es obligatoria; dicho cap. *sicut*, y Abb. en el cit. cap. 1.—* Tanto la regla general como la primera escepcion no se circunscriben al mutuo, sino que abrazan todos los contratos; siendo de advertir que la simple promesa de prestar ó de celebrar cualquier otro contrato, no era obligatoria por las leyes de Partida, las que, imitando al derecho romano, declararon ineficaces las convenciones no corroboradas con estipulacion, siempre que no vinieran á parar á contratos nominados, l. 3, tít. 6. y el princ. y l. 1, tít 11 de esta Part. La segunda escepcion es de aquellas que las leyes positivas no deben contener espresa, ni implícitamente, ni debiera hacerse derivar de ellas, porque es imposible fijar bien las circunstancias bajo las cuales es aplicable: el *salus populi suprema lex esto*, es una ley, cuyos comentarios, por juiciosos que sean, producirán efectos análogos á los que dieron las leyes de Partida sobre los casos en que puede negarse la obediencia al monarca. En cuanto á la tercera escepcion, si no se concretara al foro interno minaria las bases de la sociedad: no habia motivo entónces para que la moral toda dejara de entrar en el círculo de las leyes positivas.

(5) El mutuo tiene por objeto aquellas cosas que se suelen dar á peso, número ó medida; l. 2. §. 1. D. *de reb. cred.* ¿Y no tendrémos mutuo si doy un libro pesándolo, ó bien cierto número de ovejas, debiéndoseme devolver un libro de igual peso, ó el mismo número de ovejas? No, segun Azon en la *suma* C. *si cert. pet.* col. 3: para el mutuo debe atenderse á la naturaleza de las cosas, á los usos que prestan y á la costumbre. El dinero, por su naturaleza, cuasi siempre se da á número, con este objeto se inventó, y así se ha acostumbrado dar, y esto es conforme con su naturaleza misma: lo propio hallamos en el trigo y otras producciones semejantes que se suelen dar á peso, número ó medida: empero, los libros no son para darse á peso, sino atendiendo á su mérito, y así las otras cosas de esta naturaleza.—* En general pueden ser objeto de mutuo aquellas cosas que, en el comercio de los hombres, se estiman por el peso, número ó medida, una vez determinado su género y especie, y no por circunstancias especiales ó individuales: de modo que devolviéndosenos igual cantidad de la especie que dimos, parece que recibimos la misma cosa que entregamos; *in genere suo functionem recipiunt*, l. 2. cit. Por derecho de Recopilacion se esceptuan las mercancías, las que no pueden ser objeto de préstamo, aunque fuere comerciante el prestador, á no ser que se diesen á cambio ma-

mance, como cosa emprestada, que se faze (c) a ruego de aquel a quien la emprestan: ca passa el señorio (6) de qualquier destas cosas, al que es dada por prestamo. E la otra manera de prestamo, es de qualquier de todas las otras cosas (7), que non son de tal manera como estas; assi como cauallo, o otra bestia, o libro, e otras cosas semejantes. E a tal prestamo como este dizen en latin *commodatum*; que quier tanto dezir, como cosa que presta vn ome a otro, para vsar, e aprouecharse della, mas non para ganar el señorio de la cosa prestada. E de cada vna destas maneras sobredichas mostraremos en las leyes deste Titulo, e començaremos a dezir, de la que llaman en latin *mutuum*.

(c) suya de aquel Acad.

LEY 2. *Quien puede emprestar, e a quien, e que cosas.*

Vn ome a otro puede emprestar alguna de las cosas que diximos en la ley ante desta, que se pueden contar, o pesar, o medir. E esto se entiende, si las cosas son de aquel (8) que las empresta, o si otro (9) lo faze por mandado del. Otrosi dezimos, que luego que es passada la cosa a poder de aquel a quien es prestada, puede fa

rítimo con el objeto de habilitar algun buque, l. 3. tít 8. lib. 10. Tomada esta ley en su sentido literal no podia existir mutuo, porque todas las cosas fungibles, incluso el dinero, pueden ser consideradas como mercancías; pero, atendido el espíritu de ella, parece deberán graduarse de tales, no por su naturaleza, y si atendiendo á si la cantidad que se entrega, las necesidades del que recibe y su profesion indican que tomó prestado, no para consumirlo, sino para venderlo al efecto de obtener alguna suma de dinero, en lo que es muy fácil que se encubra la usura. Un empleado recibe prestados 200 cahices de trigo, prometiendo devolver otro tanto; el trigo será mercancía en este caso; pero no si quien los toma prestados es un labrador que los necesita en especie para su heredad y para la manutencion de la familia, y que además podrá de su cosecha devolverlos en especie. El Cod. de Com. autoriza con ciertas condiciones los préstamos de mercancías entre comerciantes, art. 387 y sig.

(6) V. l. 2. §. 2. D. *de reb. cred.* ¿Al que pide la devolucion del mutuo puede escepcionársele que no era dueño de lo que prestó? V. Bart, en la l. 13, *princ.* D. tít. cit., cuya opinion es adoptada por la generalidad de los Doct: véase en el mismo lugar á quien incumbe probar la pertenencia de lo prestado: en cuanto á los casos en que el mutuo de dinero ageno se revalida, véase á Azon suma C. *si cert. pet*, y la Gloss. en el §. 2. de la cit. l. 2. *de reb. cred.*

(7) Tenemos pues dos diferencias entre el mutuo y el comodato: la primera respecto de las cosas, y la segunda tocante á la traslacion del dominio. Añádase otra, á saber, que no es lícito esperar remuneracion por el acto de dar prestado; Luc. cap. 6. v. 35.: *mutuum date nihil inde sperantes*: al paso que nada se opone á que el comodante la espere, como opina Bald. en la l. 15. D. *reb. cred.*, y se apoya en el tratado *de Regimine Principum* de Ægidio: la razon está en que transfiriéndose el dominio en el mutuo, el uso va unido con el dominio; y así que el mero tiempo ó plazo, no es bastante para exigir remuneracion, siendo comun dicho tiempo: al contrario en el comodato, porque no se transmite el dominio. De ahí es que si el dinero se prestase *ad ostentationem* y como en comodato, pues que entónces no se transfiere el dominio, no habria inconveniente en recibir algo por el beneficio, l. 3, §. últ. D. *commod* y allí Paul. de Cast.: lo mismo dice Baldo en la l. 62. D. *de* reivind. Véanse otras diferencias indicadas por la Gloss. Bart. Bald. y los Modernos en la l. 15. cit. *de reb. cred.*

(8) Es necesario, pues, paraque se produzca el mutuo, que el prestador sea dueño de lo que entrega; *mutuum dictum quia de meo tuum fit.*, l. 2. cit. § 2 y 4. D. *de reb. cred.* Entiéndase que hablamos del momento del contrato: despues se confirmará el mutuo si la cosa se hubiese consumido ó prescrito por el que la recibió; l. 13 del tít. cit., y véase lo dicho sobre la l. 1. —* Justo es que se obligue en semejantes casos el mutuatario, pues que consigue lo mismo que si desde el principio se le hubiese transferido el dominio. La accion nace entónces á favor del mutuante, y no para el que era dueño del dinero, l. 2. y 7. C. si *cert. pet.*: á no ser que el que dió prestado fuese el procurador de un militar, quien echó mano para ello de los caudales de su principal; ó bien un tutor ó un curador que se sirvió del dinero del huérfano; en cualquiera de los dos supuestos la accion compete al dueño del dinero; l. 26. D. *de reb. cred.*

(9) Si por encargo mio presta alguno á la persona que yo le designo, adquiero la accion: sucede á menudo que queriendo prestar encargamos á otro que lo haga en nuestro nombre; l. 9. § 8. D. *de reb. cred.* Sucede tambien á cada paso que encargamos á un deudor nuestro que preste dinero á tal sujeto en nuestro nombre;

zer della lo que quisiere, bien assi como de lo suyo. Pero tenudo es de dar a aquel que gela presto, otra tanta, e atal (10), e tan buena (11) como aquella que le presto; maguer ningunas destas cosas non dixesse (12) señaladamente el que la emprestasse. E deuegela dar al plazo (13) que pusieron entre si, quando la cosa fue prestada. E si el plazo non fue puesto, deuegela dar a voluntad (14) del que la presto, (*d*) diez dias (15) despues que fue prestada.

(*d*) ó fasta diez dias despues Acad.

LEY 3. *Como a las Eglesias, e a los Reyes, e a los Concejos, e a los menores de edad, pueden fazer prestamo.*

Non tan solamente pueden los omes prestar vnos a otros, aquellas cosas (16) que diximos en las leyes ante desta, que pueden ser emprestadas; mas puedenlas aun prestar a los Reyes, o a las Eglesias, e a las Cibdades, e a las Villas, e aun aquellos que fuessen menores de veynte e cinco años. Pero el emprestido que fuesse fecho a la Eglesia (17), o a algund ome, que fuesse Mensa–

entónces este sujeto nos queda obligado, entendiéndose que recibió de nosotros el dinero mediante la ficcion *brevis manus*; l. 15. cit. *de reb. cred.* y l. 43. D. de *jur. dot.*—* Añádase que si alguno presta en nuestro nombre y despues aprobamos lo hecho, es lo mismo que si hubiese precedido mandato, arg. l. 32. tít. 12. Part. 5. Si no aprobamos el préstamo, el que lo hizo en nuestro nombre tendrá la accion útil, consiguiendo lo mismo que si lo hubiese verificado en el suyo propio, l. 4. C. *si cert. pet.*

(10) V. l. 3, *de de reb. cred.* y el §. 1. *inst. quib. mod. re contrah.* junto con la Gloss. Bart. y los Doct. en la l. 3, cit.

(11) ¿Es de la esencia ó tan solo de la naturaleza del mutuo, que la cosa que se devuelve sea de igual bondad que la recibida? Paul. de Cast. en la cit. l. 3, dice que es de la naturaleza del contrato, de consiguiente que quedando este salvo puede convenirse que la devolucion se efectue con género de mejor ó de inferior calidad; porque las circunstancias naturales de un contrato pueden modificarse por medio de pacto; la Gloss. en la l. 72, D. *de contrah. empt.*, y allí Jason y Dec. col. 2.

(12) Porque tiene lo tácito igual fuerza que lo espreso; l. 3 cit. *de reb. cred.*; así que, cuando lo tácito está comprendido en la naturaleza del contrato, equivale á lo espreso; sobre lo cual véase á Jason en la cit. l. 3, en entrambas lecturas, donde se ven varias diferencias entre lo tácito y lo espreso: y alguna vez mayor fuerza tiene lo tácito, como en la l. 22. *princ.* D. *solut. matr.*, segun la lectura de Bart.; y segun Abb. en el cap. *cum oliu de offic. deleg.* Adviértase que si se trata de invalidar un acto, lo tácito no se equipara á lo espreso, Alex. consil. 59. vol. 3. col. 5.

(13) Y es útil señalar plazo para evitar la opinion de la Glos. Bart. y los Doct. en la l. 68. D. *de verb. oblig.* Nótase que segun esta ley de Partidas, si no se espresó término, podrá el mutuante pedir la devolucion dentro diez dias, pero no antes. Admitirá tal vez escepcion en el supuesto que la causa del mutuo dejare entender que se convino en tal ó cual plazo, como si se indicó determinado uso ú objeto; pues entónces no podrá gestionarse antes que el uso haya concluido, ó que el objeto se hubiese llenado; Bald. en la l. 2 al fin. C. *commod.*, Salic. en la l. pen. C. *commod.*—*Conviene notar aquí que por razon del plazo podria ser nulo el mutuo: lo será, así como cualquier otro contrato al fiado, si se estipula el pago para cuando el deudor se casare ó heredare ó llegare á mejor fortuna, l. 17. tít. 1. lib. 10 de la Nov. Recop.

(14) Es decir, transcurridos los diez dias: este solo transcurso no constituirá al deudor en mora, á no ser que se le reconvenga; lo que se tendrá presente en la l. 8.—* Segun la l. 35. tít. 11. de esta Part. solo se incurre en mota por el vencimiento de plazo espreso, y en falta de este, por la peticion de la deuda, lo que es en apoyo de la opinion de Greg. Lop.

(15) Nótese, que el derecho comun nada determina sobre este punto, conforme indiqué en la glos. preced.

(16) De estas palabras *aquellas cosas*, unidas á las que siguen mas abajo, *puedenlas aun prestar*, se colige que la disposicion de la ley tiene lugar en todas las cosas fungibles, es decir que no se limita al dinero: queda pues decidida la cuestion que propone Bald. en la l. 13. D. *de reb cred.*, sobre si la l. 27 del mismo título es aplicable al mutuo que consiste en trigo ú otra cosa fungible que no sea dinero.

(17) Concuerda con la auth. *hoc jus porrectum*, al fin C. *de Sacros. Eccles.* y con la c. 10. q. 2. §. *hoc jus*, junto con la c. 4. *de fidejus.* El mutuante, para fundar la accion, deberá probar que la cantidad prestada se invirtió en provecho de la iglesia, aun en el caso que el prelado y el cabildo la hubiesen recibido ó que hubiesen dado poder especial, siempre que para el pago fuese precisa la enagenacion de alhajas ó de inmuebles de la iglesia: Abb. en el cap. 4 cit., Archid. en el §. cit. *hoc jus*, y Alber. en la *auth. hoc jus porrectum*; pero no se exigirá aquella prueba si la iglesia puede satisfacer la deuda sin tocar á dichos bienes y alhajas; y en estos términos pro-

jero del Rey (18) en alguna parte, e rescibiessen el emprestido en su nome; o lo que fuesse prestado al menor (19) de veynte e cinco años; aquel que lo presto, non lo puede demandar, nin lo deue auer; fueras ende, si pudiere prouar, que el emprestido entro en pro de cada vno dellos: ca si fuesse fecho en su daño, non vale. Empero, si el Mensajero sobredicho del Rey sacasse el emprestido sobre carta del Rey, en que ouiesse otorgado poder (20) para sacarlo; estonce tenudo seria el Rey de pagar el emprestido que assi fuesse fecho, o sacado, quier entrasse en su pro, quier non. E porque podria acaescer que los omes dubdarian, en que manera podria ser prouado lo que diximos, si el emprestido entro en pro de aquel en cuyo nome fue fecho; dezimos, que si pudiere prouar, el que lo presto a la Eglesia, o alguno que lo rescibiesse en nome del Rey, o de alguna Cibdad, o Villa (21), o a ome que fuesse de menor edad, que en aquella sazon

cederá la opinion de Bart. en la l. 27 D. *de reb. cred.* [Las terminantes palabras de nuestra ley de Part. parece que no admiten semejante distincion.] Tampoco libra de dicha prueba el confesarse en la escritura que el dinero se invirtió en utilidad de la iglesia, segun Archid. en el cit. §. *hoc jus*, y Alber. en la auth. cit. *hoc jus*; lo que admitiera yo con la distincion que se acaba de hacer; es decir, que semejante confesion producirá su efecto cuando no sea preciso, para el pago, tocar á los inmuebles ni á los muebles preciosos de la iglesia: hace al caso lo anotado por Bart. en la l. 8. D. *de castr. pec.* Tampoco libra de la prueba indicada al ser gratuito el mutuo, en la opinion de los Doct. en la l. 1. C. si *advers. cred.* y en ella Salic.; y por que este y otros testos hablan de un modo general y sin distinguir: á la misma opinion propende Juan de Ymol. en el cap. 1 *de depósito*, col. 8, si bien cita algunos que sienten lo contrario: pero por nuestro derecho no cabe la dificultad, pues que esta ley de Partida no puede entenderse del mutuo con usuras, hallándose ellas reprobadas, tanto por las mismas Partidas, como por derecho divino y el canónico: así que por mas que la generalidad de los Doct. entiendan del mutuo con intereses la l. 1. C. *si advers. cred.*; nosotros debemos entender del mutuo gratuito esta ley de Partida, así respecto de las iglesias, como de los menores y demás de los cuales habla. ¿Será esta ley aplicable al contrato de compra y venta celebrado por la iglesia, y á los demás? No, segun Innocent. cap. 1. *de depos.* y en él Abb., véase Bart., Bald. y otros en la auth. *hoc jus porrectum*: Dec. dice que esta es la opinion comun cons. 36. col. 4; lo mismo Paul. de Cast. en la l. 27 de *reb. cred.* si bien siente lo contrario Card. in Clem. 1, quæst. 30 *de reb. Eccles.* y *Alex.* cons. 4. al fin, vol. 3. Véase la última glosa de esta ley.

(18) Nótese que este punto no está decidido por derecho comun: el Rey goza del privilegio de los menores de edad, porque los bienes del reino deben estar á cargo de administradores, l. últ. tit. últ. Part. 6ª.

(19) Véase la l. 1. C. *si advers. cred.* y la l. 1. C. *Quando ex fact. tutor.*; entiéndase lo mismo de la ciudad, como se colige de esta ley y de la 27 D. *de reb. cred.*; y segun la Glos. en el mismo lugar, la disposicion es aplicable á todos los colegios; y véase allí á Bart., Bald. y Alex.

(20) Hace al caso la l. 13. *princ.* D. *de instit. act.* y lo anotado por Bart. en la cit. l. 27. D. *de reb. cred.*

(21) ¿Qué dirémos si se prestó á la misma ciudad, ó á su cabildo que la representa, segun la Glos. en la rubr. C. *quæ sit long. consuet.*, ó bien al que tenia mandato especial de la misma ciudad? Bart. en la cit. l. 27 dice, que entónces la ciudad se obliga, aunque el acreedor no pruebe que el préstamo se invirtió en provecho de la misma, y esta opinion es adoptada por la generalidad de los Doct. Fúndase en que así como la ciudad se obliga delinquiendo, l. 9. §. 1. D. *Quod metus causa*, se obligará tambien contratando: además, pudiendo la ciudad legislar, puede dictar la ley que le plazca en la enagenacion de sus cosas, l. 3. §. 4. D. *Quod vi aut clam*; así que, semejante contrato tendrá fuerza de ley, l. 15. D. de *publican.* l. pen. C. *de donat. inter vir. et uxor.* Parece que nuestra ley de Partidas no se opone á esta decision, pues que habla del caso en que alguno recibe prestado en nombre de la ciudad; pero no de aquel en que la ciudad misma ó alguien por su mandato lo recibe. Sin embargo, es indudable que si la ciudad ha salido perjudicada, por no haberse invertido en provecho de la misma lo que se recibió, podrá pedir la restitucion por entero, segun los Doct. en la cit. l. 27. y en particular Alex.; y se prueba tambien en la ley 1 y 2. C. *Si advers. credit.* Podrá decirse tal vez que la opinion de Bart. si bien es cierta respecto de las ciudades libres de Italia, de las que habla, las cuales como á ciudades libres tienen facultad de hacer leyes; es inaplicable á las de nuestro reino, pues que ni aun pueden ordenar estatutos sin la autorizacion real, segun el volúmen de las Pracmáticas, en los cap de los Correg. y atendido que en general el Rey es el único que tiene en España facultad de hacer leyes, segun la l. 12, tít. 1, Part. 1 [véase la Part. 2.]; de consiguiente no será necesaria á la ciudad la restitucion, debiendo probarse por el acreedor que ella se utilizó de lo prestado. De otra parte,

que gelo presto, era en tan grand premia, que lo auia muy grand menester, e que entro en su pro (22); que vale tal prueua, para cobrar la cosa que fuesse prestada.

LEY 4. *Del prestamo que es fecho a los fijos, que son en poder de su padre, o de su abuelo.*

Si demientra que estouiere el fijo, o el nieto en poder del padre, o de su abuelo, tomare prestado (23) de otro, sin mandado de aquel en cuyo poder esta, (e) non es tenudo (24) el fijo, nin el padre (25), de tornar tal emprestamo; ni el fiador (26) del fijo, maguer lo ouiesse dado: pero si el fijo tornasse aquella misma cosa que le ouiesse emprestado, o otra tal que non fuesse de los bienes de su padre (27), o de su abuelo, valdra, si lo fiziere; e non gelo podria el padre vedar. Otrosi decimos, que si el fijo, o el nieto, estando en poder de su padre, o de su abuelo, si

(e) non es tenudo el fijo nin el nieto de tornar tal préstamo Acad.

aun partiendo del derecho comun, la opinion de Bart., cuando distingue entre el caso en que recibe la misma ciudad, y aquel en que lo hace por su administrador, no parece admisible; en efecto militan en entrambos igual razon, pues que la universidad es regida por su cabildo; además las razones de Bart. no son concluyentes, y se hallan contestadas por los modernos. V. Alex. en la l. 27. cit. Añádase que el deudor de la ciudad, que paga al tesorero de ella, debe probar que el dinero se invirtió en provecho de la misma; V. l. únic. C. *de solut. et liberat. debitor. civit.*

(22) No basta la prueba de la necesidad urgente, si no se hace constar que el préstamo resultó en provecho de la Iglesia, del Rey, de la ciudad, etc.; esta es la opinion de la Glos. en la Nov. 120, cap. 6, §. 3, en la palabra *profecerunt*, y es la corriente, segun Jasson en la l. 27 cit. No se entienda que deban probarse los dos estremos; pues que la prueba del último basta: la mente de la ley es, que la prueba del primero tan solo, no sirve. Sin embargo, si el acreedor hace constar la necesidad urgente, y que despues del préstamo la Iglesia, el Rey, etc. consiguieron salir del apuro, aunque no se pruebe directamente que el dinero prestado produjo ese efecto, bastará; pues que á causa de la proximidad de los hechos se presume que aquel dinero cambió la situacion del deudor, l. 24. §. últ. D. *de reb. auctor. jud. possid.*, y Ang. en la Nov. cit. §. *hoc etiam*, col. 2 al fin, y Alber., alegando á Azon, en la auth. *hoc jus porrect.*, col. 3, C. *de Sacros. Eccles.*: la disposicion de la l. últ. D. *de exercit. act.* estriba en la utilidad de los navegantes, y en el caso de la misma basta probar la necesidad urgente respecto de dichas personas privilegiadas, segun Bald. en la rubr. C. *de exercit. act.* col. pen. y Ang. en dicho §. *hoc etiam*, y Jasson en la l. 27. cit. col. últ.; si bien Alex. siente lo contrario. Adviértase que dicha prueba no se requiere fuera del mutuo y del depósito, como llevo dicho en la nota 17. Se exigirá con todo la prueba de urgente necesidad y de consiguiente alguna congetura acerca la utilidad producida por el contrato, segun Inn. en el cap. 1 *de deposito*, y de este modo lo entiende Ang. en el cit. §. *hoc etiam.* col. últ. y Paul. de Castr. vol. 1. cons. 2 que empieza *visis omnibus* al fin de la pen. col. vers. *neque obstat;* y así pueden conciliarse las opiniones de las que hablé en el n. 21; V. tambien la l. 8. tít. 13 de esta Partida. Sobre si es preciso que la utilidad persevere, ó si bastará que exista al principio, véase á Inn. y Abb. en el cap. *quod quibusd. de fedejussor.*, y á Ang. en dicho §. *hoc etiam*: la ley de Partida con las palabras *entro en su pro* indica que basta atender al principio: y segun Inn. en el lugar citado y allí Abb. col. pen, si una Iglesia recibió prestado, que invirtió en la subsistencia de sus ministros, se considerará haber lucrado la cantidad que se le entregó, aunque no exista resultado permanente, porque á no ser el dinero prestado hubiera tenido que gastar de lo suyo: V. Alber. en la auth. cit. *hoc jus porrect.*, col. 3. v. *Consuevir quært.*

(23) Entiéndase del préstamo de dinero, l. 1. D. ad S. C. Maced.: la ley será aplicable al préstamo de las demás cosas fungibles si se hizo con la mira de que vendiéndolas pudiese el hijo de familias aprovecharse del dinero, l. 7. §. 3. D. tít. cit.: requiérese la verdadera entrega, no bastando la fingida, para que la ley se aplique, l. 3. §. 3. lib. 4. y 13. D. tít. cit. y l. 6. C. del mismo título.

(24) Así en el foro de la conciencia como en el esterno, segun Inn. en el cap. *qui plerique, de inmun. Eccles.* y Abb. cap. *novit, de judic.*, col. 11. si bien el hijo de familias está obligado naturalmente, l. 10: D. *ad Maced.*: y no se produce la obligacion civil aunque el hijo salga despues del poder de su padre, l. 1. D. tít. cit.

(25) Ni aun por la accion de peculio, l. pen. C. *ad Maced.*

(26) V. la l. 9. §. 3. D. *ad Maced.*

(27) Pero no si fuese de los bienes de su padre, l. 14. D. *si cert. petat.*: puede el hijo pagar de bienes castrenses, porque respecto de ellos el mutuo es obligatorio, l. 1. al fin y l. sig. *D. ad Maced.*; ó bien con dinero que otro le dió á este efecto, l. 9. §. 1. D. tít. cit.

a la sazon que tomasse la cosa emprestada, le preguntassen (28) si auia padre, o abuelo, o alguno de los otros ascendientes, en cuyo poder estuuiesse, e lo negasse (29), diziendo que non; que por tal mentira (30) que dixo, e nego la verdad, es tenudo de pechar aquello que tomo emprestado. Otrosi dezimos, que cualquiera que tuuiesse algund officio publicamente, del Rey (31) o de otro Señor, o de algund Concejo; o el que fuesse menestral, de qualquier menester, que vsasse a labrar publicamente; o tuuiesse tienda de cambio, o de paños, o de otra mercaduria, en que vsasse a labrar, e a mercar, bien assi como ome que no esta en poder de otro; porque creen los omes (32), que este atal que estaua sobre si, es tenudo de pagar lo que tomare emprestado, maguer que este en poder de otro. Esso mismo dezimos, quando aquel que es en poder de otro, es Cauallero (33); que si algo tomare emprestado, tenudo es de lo pagar. E esto es, porque non deue ome sospechar, que lo que tomo prestado, que lo despendio en malos vsos, mas en las cosas que pertenescen a Caualleria (34).

LEY 5. *Del prestamo que faze vn ome menor de edad a otro.*

Si alguno que fuesse menor (35) de veynte e cinco años, emprestasse alguna cosa a otro, que fuesse otrosi menor de edad, si este que tomo el prestido, lo metio en su pro, o le finco en saluo, tenudo es de lo tornar, a aquel gelo presto. Mas si fuesse mayor de veinte e cinco años, tenudo es de lo tornar en todas guisas, quier lo meta en su pro, o le finque en saluo, o non. Otrosi, todo emprestido que sacare el que estuuiere en poder de otro, si lo metiere en pro de aquel, en cuyo poder estuuiere; assi como en casar (36) alguna su hermana, o en comer, o

(28) Esta palabra *preguntassen* indica que al mutuante incumbe hacerlo, l. 19. D. *de reg. jur.*, y porque pudo presumir que vivia el padre, pues que sin él nadie nace, y de otra parte la vida se supone de cien años, l. últ. C. *de Sacros. Eccles.*, y Ang. en la l. 1. C. *ad Maced.*; con todo si tuvo justa causa de creerlo padre de familias, no tendrá lugar el senado consulto, así como la disposicion de esta ley, aunque nada le preguntase, l. 3. D. tít. cit. y allí Bart. y l. pen. D. del cit. tít. que habla de aquel que supo ó pudo saber el estado del hijo de familias, y añad. l. 1, C. tít. cit.

(29) Añad. l. 1. C. tít. cit.: esto procede, tenga ó no dolo el que niega ser hijo de familias, con tal que el mutuante tuviese justa causa para creer en su palabra, segun Ang. en la cit. l. 1. fundado en la l. pen. D. tít. cit.: con todo, la ley habla del caso en que el hijo aseguró ser padre de familias; pues que no veo como es posible que se niegue la verdad sin dolo.

(30) Entiéndase del caso en que el mutuante ignorase que el que tomaba prestado era hijo de familias; de lo contrario no le aprovechará la mentira de este, l. 145, D. *de regul. jur.*, l. 45. D. *de petit. hæred.* y Ang. en la l. 1. cit., quien añade que equivaldria á la ciencia el error de derecho, segun la l. 3. D. *ad Maced.*

(31) Como si tuviese arrendadas las rentas reales, lo que se manifiesta con ejemplos en la ley 3. §. 1. D. tit. cit., de donde se sacó la de Partidas. — * Adviértase que en cualquiera de los casos de escepcion que se espresan en esta ley, el hijo se obligará, mas no el padre, pues que la ley habla únicamente del primero.

(32) Añád. la l. 2. C. *ad Maced.* y l. 3. D. del propio tít.: sin embargo, la dignidad no escluye al S. C. Maced., l. 1. §. últ. D. tít. cit., aunque sea de aquellas que libran de la patria potestad, segun la Glos. en la l. 5. D. *de his qui sui vel alien. jur.*, opinion seguida por Salic. en dicho §. últ. desechando la Glos. que en él establece lo contrario.

(33) Entiéndase hasta donde alcanza el peculio castrense, l. 2. D. *ad Maced.*, porque respecto de este peculio es considerado como padre de familias.

(34) Añád. l. últ. §. últ. C. *ad Maced.*; contiene esta ley cuatro casos en que no se aplica el senado consulto; véanse otros en la l. 2. C. tít. cit.; Paul. de Castr. refiere doce en la l. 7. §. 2. y últ. D. tít. cit., y véase mas abajo la l. 5. y 6. añádase otro caso notable que pone la Glos. en la l. 38. D. *de condict. indeb.*, á saber, si de dos hermanos que se hallan bajo la patria potestad, uno de ellos tiene peculio castrense ó cuasicastrense, del cual da prestado al otro, este se obligará natural y civilmente y cesará el senado consulto, porque segun Jasson en la col. 13. no es de temer se atente contra la vida del padre, cuyo temor es el fundamento de la ley en esta materia.

(35) Lo mismo tendríamos si fuese mayor de edad, véase arriba la l. 3. — * Falta aquí de todo punto el órden: en efecto, la primera mitad de esta ley, hasta la palabra *otrosi* es una ampliacion de la ley 3. cit.: en la segunda mitad se vuelve á tratar del préstamo hecho al hijo de familias, y prosigue la misma materia la ley siguiente. Nótese esto para evitar una mala inteligencia.

(36) Añád. la l. 7. §. 2. y 12. y l. 17. D. *ad Maced.*, y l. 2. C. del mismo título. — * Tén-

en vestir a si mismo, o en otra cosa, que fuesse menester a la otra compaña que auia de gouernar, o de (f) aprouechar aquel en cuyo poder esta; dezimos, que tal emprestido como este, tenudo es de lo pagar el que lo tomo, o aquel en cuyo poder esta.

LEY 6. *Del prestamo que es fecho al fijo, o al nieto, que esta en poder de su padre, o de su abuelo, con otorgamiento de aquel en cuyo poder esta.*

Sacando emprestado el que esta en poder de otro, con sabiduria, o con mandamiento de aquel en cuyo poder es; o maguer non le mando sacar, si esta delante (37), (g) o lo consiente; o si lo saca a otra parte, e gelo embia a dezir por carta (38), o de otra guisa, o lo otorga (39); o si paga (40) despues alguna partida de la debda; dezimos, que tenudos son de pagar tal prestamo, el que lo saca, o aquel en cuyo poder esta. Otrosi dezimos, que el que tomasse emprestado, estando en poder de otri, si despues que fuesse de edad complida, e saliesse de poder de aquel que lo auia en guarda, pagasse alguna partida (41) del debdo, que tenudo es porende, de pagar todo lo al que finca. Otrosi dezimos, que si alguno que esta en poder de otri, va en mandaderia (42), o en Escuela (43), e saca alla algund emprestido, que tenudo es de lo pagar el, o aquel en cuyo poder esta, fasta en aquella quantia, a lo menos, que pudiera despender en comer, e en vestir, e en las otras cosas que le serian menester, fincando en su poder (44), e en su casa. E aun demas (45), quanto asmaren que le podria costar el loguero de la casa en que mo-

(f) proveer aquel en cuyo poder Acad.

(g) et lo consiente. Acad.

gase presente que en este caso de escepcion y en los que señala la l. 6. y sig. el padre y el hijo resultan solidariamente obligados, escepto aquel en que la obligacion proviene de haberse reconocido la deuda por el hijo hecho mayor de edad y hallándose libre del poder patrio; pues entónces él es el único obligado.

(37) Concuerda con la l. 12. y la con la 7. §. 11. D. *ad Maced.*; si siendo sabedor no prohibe se presume consentir.

(38) Añad. l. 16. D. *ad Maced.*; debe pues oponerse al recibir la carta, segun este testo; y hace al caso el testo de las Clement. 1 *de procurat.*, donde el procurador que al recibir los poderes no los rehusa se juzga que aceptó el mandato: y en la opinion de Ang. en la l. 7. §. 2. D. tít. cit. es esto análogo á lo que se observa entre los comerciantes que recibiendo, sin oponer reparo, una carta de pago, se entiende que la consienten: añád. Bart. en la ley 9. D. *rem ratam haberi*, en la l. 34. §. 1. D. *de pignor. et hipoth.* y en la l. 24. D. *de pecun. constit.* y Bald. en la l. 4. col. 2. C. *si cert. petat.*, en la l. últ. C. *ad Maced.* y en la rubr. C. *de fide instrum.* col. 10, vers. *quœro quid de litteris transmissis*, donde sienta que quien recibe una carta y no contesta se entiende reconocer su contenido.

(39) Dándolo por valedero, l. últ. princ. C. *ad Maced.*

(40) Añád. la l. 7. §. últ. D. *ad Maced.*

(41) Añádase la cit. l. 7. §. últ., y la l. 2. C. del propio tít., y sobre el caso en que hubiese dado prenda, véase la Glos. en la misma ley y en la l. 9. D. tít. cit.

(42) Es decir, que se le ha mandado para evacuar algun negocio, l. 5. C. *ad Maced.*, ya sea mercantil, ya fuese otro distinto; pues la ley habla por via de ejemplo, l. 1. §. 25. D. *de vi et vi armata*, segun Cyn., Ang. y Alber. en la l. 5. cit.

(43) V. l. 7. §. 13. D. *ad Maced.* y la Glos. sobre la misma, la que contiene cuestiones notables; añádase la l. 5. C. del mismo título: en el cit. §. 13, sostiene la Glos. que procede la escepcion aunque el hijo estudie contra la voluntad de su padre; lo que entiéndase segun Alber., Guill. y Ang. en el mismo lugar, segun sean la disposicion del hijo para el estudio, los haberes del padre y su familia.

(44) A la devolucion de lo que se presta al hijo para tales gastos necesarios está tenido el padre, aunque se prestare sin el consentimiento de este, y aun cuando fuese inhábil el hijo para el estudio, V. Glos. y allí Ang. en el cit. §. 13.

(45) Entiéndase si es hábil para el estudio, como dije en la nota 43., á no ser que el mismo padre le hubiese mandado á la universidad ó escuela, pues que entónces pierde el derecho de alegar la insuficiencia de su hijo; Alber. en el cit. §. 13.; sin embargo, si constare al acreedor que perdia su tiempo, aquel de quien su padre creia se aprovechaba, no se denegará á este la escepcion, arg. l. 82. y l. 38. §. 1. D. *de solution.* Por lo que mira á nuestro reino véase la nueva ley de Cárlos I, hecha en las Córtes de Valladolid en 1542, pet. 6., pero quizás esta ley deberá entenderse en el sentido de la de Partida, y de consiguiente limitarse al caso en que el hijo de familias malgastara el dinero que recibió prestado, segun lo indica el proemio de la misma. — * Esta es la l. 1. tít. 8. lib. 10. de la Nov. Recop. Sus palabras son las siguientes: «Quando alguno prestare dineros ó vendiere fiado á algun estudiante

rasse, e lo que aurien a dar a su Maestro, e a despender en las otras cosas (46), que serian menester por razon de su Estudio, o de aquella mandaderia en que fuesse.

LEY 7. *Del prestamo, que es fecho a aquel que esta en tienda de cambio, o de paños, por otri.*

Cambiador, o mercador, que touiesse tienda de paños, o de algun otro menester, si encomendasse aquella tienda a otro, que non estouiesse én su poder (47), e dexandolo y como en su logar; si este atal tomare algund emprestido, por mandado (48) del otro que le dexa, o sin su mandado, e lo mete en pro (49) de aquel que lo y dexa; tal prestido como este, non es tenudo de lo pagar este que lo toma (50), mas aquel en cuyo logar estaua. Pero si non lo tomasse por su mandado, nin lo metiesse en su pro, estonce es tenudo de lo pagar aquel que lo tomo.

LEY 8. *Quando deue ser tornada la cosa que fue dada emprestada, e en que logar.*

Si alguna de las cosas que se pueden contar, o pesar, o medir, emprestasse vn ome a otro, señalando dia, o logar, a que gela deuia dar el

ó estante en estudio, sin voluntad de su padre ó del que allí lo tiene á su costa, que no lo pueda pedir, ni tener recurso contra el padre, ni la madre, ni otra persona que lo hubiere allí enviado, ni los pueda citar sobre ello ante el conservador del estudio, ni ante otra justicia alguna, sino á la misma parte.» La l. 17. tít. 1. del mismo lib. (Felipe II en 1558) declara nula la obligacion respecto del hijo: establece esta ley que ningun hijo de familias mayor ó menor, ni menor de edad que tenga tutor ó curador «sin licencia de los susodichos no puede comprar, ni tomar, ni sacar en fiado por sí ni otros en su nombre, plata, ni mercaderías, ni otro ningun género de cosas..... qualesquier contratos y fianzas y seguridad y mancomunidad que sobre ello se ficieren y ordenaren con qualesquier cláusulas y firmezas en qualquier manera, todo sea ninguno y por virtud dellos non se puede pedir en juicio ni fuera dél en ningun tiempo cosa alguna á los dichos hijos de familias, ni menores, ni á sus fiadores ni principales pagadores, ni á otras qualesquier personas que por ellas se obligaren, ó en su nombre lo sacaren y tomaren, y sean libres de todo ello.» La disposicion de estas leyes es demasiado terminante y absoluta para que puedan entenderse con las limitaciones que contiene la de Partida. Se dirige en verdad la primera de estas leyes á impedir la disipacion y sus consecuencias, respecto de la juventud separada de sus padres ó tutores ó curadores, mas de aquí no puede inferirse necesariamente, que si el dinero recibido se empleó ó gastó con provecho, deba cesar la disposicion: pudo la ley en su intencion dirigirse á quitar toda esperanza al prestador, para conseguir mas plenamente el objeto. Pudiendo pues haber sido tal la intencion de la ley, no hay motivo para que dejemos de tomarla en su sentido literal.

(46) Por ejemplo en libros; porque saca el agua con un cesto el que sin libro aprende las leyes, segun Salic. fundado en la Glos. á la ley 5. C. *ad Maced.*, donde trata el caso en que el hijo recibe prestado en contravencion al senado consulto é invierte despues en libros el dinero; pregunta si el acreedor tendrá derecho, y apoyado en la opinion de Bald. y en la l. 9. §. 2. D. del mismo tít. resuelve la cuestion por la negativa: al contrario, si el hijo recibió dinero en virtud de causa legal y despues lo perdió en el juego¿ tendrá el acreedor derecho? sobre esta cuestion véase Alber. en la ley cit., y la l. 3. D. *de in rem verso.*

(47) Sobre el caso que fuese hijo de familias, v. l. 7. §. 11. D. *ad Maced.*

(48) Parece que equivaldrá á la existencia de mandato el hecho de recibirse el dinero para el objeto ó negocios que tiene á su cargo el factor, l. 5. §. 11. D. *de institor.*

(49) V. l. 1. y 2. C. *de exercit. act.*

(50) Tenemos aquí que el factor no queda obligado cuando contrató en calidad de tal; añádase la l. últ. D. *de institor.* y allí Bart., de donde resulta que esto debe entenderse finido el encargo, pues que mientras él dura, puede ser reconvenido el factor; y entiéndase así la l. 1. §. 17. D. *de exercitor.*, y á esta agréguese la l. 6. §. 1. D. *de negotiis gestis*, y Socin. cons. 154. vol. 2., donde detenidamente discurre acerca la inteligencia de dichas leyes últ. y 6. [El tiempo pretérito *estaua*, que usa la l. de Part., puede autorizar esta distincion: á mas de que, mientras el factor permanece con esta calidad es natural que pueda ser reconvenido, porque deben suponerse en él los medios de defensa, así como la posibilidad de efectuar el pago con dinero ó efectos de su principal. V. los art. 178. y 179. del Cod. de Com.] Nótese muy particularmente que segun la ley de Partidas el factor deja de obligarse así en el caso de mandato espreso como en el supuesto de haber invertido el dinero en provecho de su principal. ¿Que dirémos si el mutuo constase únicamente por confesion del factor? ¿Quedará entónces obligado aunque hubiese precedido

debdor, tenudo es de gela pagar en aquel dia, e en aquel logar que puso con el. E si por auentura (51) no touiere de que le de otro tanto atal, como aquello que le fue prestado, deuele dar tanto precio porende, quanto montare, e valiere aquello que le presto. E deue ser contado segund valiera (52) otra tal cosa, como aquella que fue prestada, en aquella sazon, e en aquel logar, do la ouo de pagar. E si non fue señalado dia, nin logar, en que ouiesse de ser fecha la paga, deue ser contado, e asmado, segund que valiere (53) en aquel logar do le faze la demanda, a la sazon que gelo demandare despues en juyzio (54).

mandato? Ang. en la l. 4. princ. D. *de re judicata*, vers. *istud autem*, está por la afirmativa, igualmente que Socin. en el Cons. cit. vers. *octavus casus*. Esceptúase tambien el caso en que el factor se obligase especialmente, l. 19. §. 2. D. *de institor.*, y Socin. en dicho cons.

(51) Por ahí se ve que en caso de necesidad la condena recae en cosa distinta de la demandada. Sin embargo, en la opinion de Bart., en la l. 22. D. *de reb. credit.* col. últ. es mas seguro pedir la misma especie prestada; y como el deudor podria estar en mora, y haber bajado el precio de aquella, que se implore sobre la estimacion el oficio del juez; y entónces la sentencia recaerá sobre la cosa pedida.

(52) Entiéndase esto de la estimacion comun y no de la momentánea que proviene de alguna carestía, segun Juan de Imol. en la l. 63. D. *ad leg. falcid.*, si bien Alex. sostiene allí lo contrario y Jason en la cit. l. 22. *de reb. cred.*, col. 6., fundado en algunas razones contestadas por Decio en la col. 2: sígase la opinion de Juan de Imola. ¿Qué dirémos si el deudor ofreció el pago en lugar y tiempo convenientes, y el acreedor no quiso aceptarlo? ¿Se atenderá al valor que tenia la cosa al tiempo del ofrecimiento? Véase Jason en la cit. l. 22. — * Será tal vez mas conforme á derecho la opinion de Alex., porque no es justo que el acreedor se vea privado del beneficio de un aumento de precio, aun cuando este aumento sea momentáneo, tanto mas cuanto la opinion contraria allana el camino á la mala fe; á mas de que nuestra ley, ni por su letra, ni por su espíritu admite semejante distincion. Si el préstamo consistió en cierta cantidad de dinero, y posteriormente al contrato la moneda ha sufrido alteracion, ya sea acuñándose con oro ó plata de diferente ley, ya sea cambiándose por la autoridad correspondiente la relacion entre estos metales, deberá hacerse el pago «en la propia moneda recibida, ó en el valor equivalente que tenia al tiempo de los desembolsos y suplementos, y no con el aumento dado á dicha moneda.» Nota 16. á la l. 18. tít. 17. lib. 9. de la Nov. Recop. Igual disposicion hallamos en una real cédula de Felipe IV, que es la l. 18. tít. 1. libro 10. del mismo código, pero habia sido modificada por una pragmática de Cárlos II, que es la l. 19. del mismo tít., la que con motivo del aumento dado al marco de plata, autorizaba el pago en moneda corriente por todo su valor nominal, á no ser que el deudor, habiendo recibido moneda de plata se hubiese obligado á pagar la misma cantidad de plata que recibió, en las mismas monedas que entregó, y del mismo valor, peso y ley.

(53) Entiéndase si en el lugar donde se pide podia legalmente instituirse la demanda, l. 3. §. 3. D. *de act. empt. et vend.* y la Glos. últ. en la cit. l. 22. *de reb. cred.*: hay mas, se atenderá á la mayor estimacion que tuvo la cosa durante el tiempo trascurrido desde que el deudor cayó en mora hasta el momento en que se efectua el pago, deducido el plazo que el juez concede para efectuarlo; Bart. en la l. 3. §. 2. col. 5. y 6. D. *commodati*. — * La opinion de Bart. es equitativa, pero es arriesgado el que nosotros la adoptemos, atendidas las precisas palabras de nuestra ley de Part. *á la sazon que gelo demandare despues en juyzio*, sin indicar que debe atenderse al mayor valor de la cosa, desde el momento de la mora: tampoco se halla arreglada al rigor del derecho romano; segun el cual, en el supuesto de mora, siendo la accion de mutuo, ú otra cualquiera de las *stricti juris*, se atendia al mayor valor que tuvo la cosa desde la mora hasta la contestacion del pleito, l. 3. y 4. D. *de condict. tritic.* junto con la l. 3. §. 2. D. *commod.* Poth. Pand. *de usur. et fruct.* art. 1. §. 3.

(54) Concuerda con la l. últ. D. *de condict. tritic.*, la que señala espresamente el tiempo de la contestacion del pleito; sin embargo, la Glos. y Doct. en la l. 22. cit., entienden que si antes se hubiese puesto demanda estrajudicial deberá atenderse á la misma para la estimacion, porque desde entónces el deudor estuvo en mora; muévenles aquellas palabras de la ley, *petitum esset*, sin espresar *in judicio*, y otras razones que indican Socino y Jason col. 1: contéstales Decio que para constituir al deudor en mora, de manera que se atienda á la mayor estimacion de la cosa en los contratos *stricti juris*, se requiere la contestacion del pleito; fundándose en la l. últ. cit. *de condic. tritic.* y en la l. 3. §. 2. D. *commodati*, donde dice: *quamvis in stricti juris judiciis* etc.: los Doct. que siguen la opinion comun le replican que esta ley habla del juramento *in litem*, segun la interpretacion de Bart. en dicho §. 2. 8. lect. Esta cuestion es ciertamente difícil de resolver, sobre todo hallándose de por medio la

LEY 9. *Como aquel que ouiesse otorgado, que rescibiera alguna cosa emprestada; si non le fuesse entregada, como se puede amparar si gela demandassen.*

Fiuza, e esperança fazen los omes a las vegadas, vnos a otros, de se emprestar alguna cosa (55); e aquellos a quien fazen esta promessa, fazen carta (56) sobre si, ante que sean entregados della, otorgando que la han rescebida; e despues acaesce, que les fazen demanda (57) sobre esta razon, bien assi como si les ouiessen fecho el prestido verdaderamente. E quando tal cosa como esta acaesciere, dezimos, que este que fizo la carta sobre si, deue esto querellar al Rey, o a algunos de los otros (58) que juzgan en su logar, como aquel que le prometio de prestar marauedis, e non gelos quiso prestar, nin contar, nin dar; e deue pedir, que le mande dar la carta que tiene sobre el, de los marauedis que le prometio de prestar. E si se callare, que lo non muestre assi, ante que dos años passen, despues que fizo la carta, dende en adelante (59) non podria poner tal querella. E si gela deman-

ley de Partidas, cuyos autores tuvieron á la vista la divergencia de los glosadores, y sin embargo añadieron las palabras *en juyzio*: con todo no me atrevo á separarme de la opinion comun, á tenor de la cual, entiendo esta ley del caso en que no se hubiese hecho demanda estrajudicial: pues que si el vencimiento del plazo constituye al deudor en mora por ser una interpelacion tácita, con mayoría de razon deberá producir igual efecto la interpelacion espresa; además así se establece para los contratos de buena fe en la l. 21. §. 3. D. *de act. empt. et vend.*, ni veo razon fundada de diferencia, mayormente atendida la ley de Partidas: añádase la l. 18. tít. 11. y la l. 9. tít. 14. de esta Partida, y nótese que en la última se dice *por juyzio* y en la 18. nada mas que *pidiesse*, en vista de lo cual puede con bastante fundamento decidirse que basta la demanda estrajudicial.

(55). De estas palabras de la ley, *emprestar alguna cosa*, y de tratarse esclusivamente de las cosas fungibles en este título, se infiere que la escepcion *non numeratæ pecuniæ* tendrá lugar únicamente cuando se confesó haber recibido prestado alguna cantidad de dichas cosas, y jamás en los otros contratos: ésta es la opinion de la Glos. en la l. 14. princ. C. de *non num. pec.* Sin embargo Azon en la suma C. tít. cit. sostiene que la misma escepcion tendrá lugar, sea cual fuese la cosa cuya recepcion se confesó sin haberse efectuado, l. 178. D. *de verb. signif.*: Simon Vincen. y otros piensan lo mismo, así como Alber., quien cree esta opinion la mas conforme á derecho, en la cit. l. 14. col. 2. fundándose en que no se advierte diferencia, respecto de esta escepcion, entre el mutuo y los demás contratos. A pesar de esto es indudable que únicamente en el mutuo dentro del bienio, y en la confesion de dote, dentro los términos marcados en el tít. C. *de dote caut. non num.*, la indicada escepcion surtirá el efecto de imponer al acreedor el cargo de probar la entrega de la cantidad que pretende: y la razon está en que cuando se trata de recibir prestado es mas fácil dar recibo de lo que en realidad no se ha recibido: en los demás contratos ó cosas, la confesion ó recibo prueba contra el confesante sin necesidad de aguardar el transcurso de los dos años, como en la l. 13. C. *de non num. pec.* col. 7. á no ser que pruebe la negativa, ó el error ó el engaño; y esta es la opinion de Bald. y Salic. en la l. 14. cit. y de Paul. de Castr. en la l. 13. cit. Si la confesion ó recibo es de cantidad que se acreditaba podrá oponerse la escepcion dentro de 30 dias, l. 14. cit. §. 2. y allí Paul. de Castr. y añádase lo anotado por Bald. en la l. 14. C. *de solut.*

(56) ¿Y si la confesion de mutuo se hizo delante de testigos? Véase Bart. en la l. 3. C. *de non num. pec.* —*. Respecto de esta confesion no tendrá lugar la disposicion de la ley, porque ella dice *carta*, y no en general, confesion de deuda: además, porque faltando la escritura, falta la razon de aquella: en efecto, fácil es que se anticipe un recibo, para obligar mas con esta prueba de confianza á que se nos preste, pero no se concibe que causa pudiera inducirnos á reconocer verbalmente que hemos recibido una cantidad que no se nos ha entregado.

(57) Aunque el supuesto acreedor nada pida, el que dió el recibo puede querellarse, auth. *hanc autem quærellam* C. *de non num. pec.* y allí la Glos., y Bart. en la Nov. 100.

(58) Cuando está ausente el acreedor la instancia debe hacerse en juicio, segun esta ley y la l. 14. § 4. C. *de non num pec.* Si el acreedor está presente basta que se le dirija estrajudicialmente en escrito, segun el citado § 4. y la Glos. á la l. 8. C. tít. cit. y allí Bald., y Azon en la suma, col. 2. Sin embargo, como nuestra ley indica aquí la forma judicial y mas abajo añade, *é si se callare, que non lo muestre assi*, etc. será mas seguro que se propongan en juicio así la escepcion como la querella.—* No tan solo lo mas seguro, sino que es lo único legal, atendido que esta ley no hace distincion entre acreedor presente y acreedor ausente.

(59) Añád. l. 14. princ. C. *de non num.*

dasse despues, seria tenudo de darle los marauedis, bien assi como si los ouiesse rescibido (60). E si ante que los dos años se cumpliessen, lo querellasse, segund que es sobredicho, non seria tenudo (61) de responderle por tal carta, nin de pagarle los marauedis. Fueras ende, si el otro pudiere prouar, que le auia dado, e contado los marauedis, que le prometiera de prestar; o si debdor, que auia otorgado, que auia rescibido los marauedis prestados, renunciasse a la defension de la pecunia non contada. Ca estonce non se podria amparar por esta razon (62), si este renunciamiento atal fuesse escrito en la carta (63).

pec. y allí la Glos., y amplíese y limítese esta regla segun lo espuesto por Felin. cap. *si cautio* fol. 4. y 5. *de fide instrum.*

(60) No se escusará de pagar transcurridos los dos años aunque oponga la escepcion *non numeratæ pecuniæ* ó la *de dolo*; y aunque quisiera probar que no se le entregó el dinero: apruébase al parecer en este lugar la opinion de Jacob. Butric. en la l. 13. y 14. C. *de non num. pec.* conforme con la de Bald. y Salic. en la l. 5. C. *si cert. petat.* y la de Felin. en el cit. cap. *si cautio*; opinion conforme con el rigor del derecho: pero la equidad canónica (á la que por razon del pecado debemos sujetarnos en uno y otro foro) dicta lo contrario segun la opinion comun, Juan de Imol. en el cit. cap. *si cautio*, col. 7. y Felin. fol. 5. col. 1. ¿Será escuchado el deudor si pasados los dos años pide que el acreedor absuelva posiciones relativas á la no entrega del dinero? Bart. está por la afirmativa en la cit. l. 14. §. 1., debiendo, segun él, contestar á las posiciones el acreedor, á no ser que alegare justa causa para no hacerlo; lo que si bien es justo se halla en oposicion con el §. 3 de la cit. l. 14.: empero sígase la opinion de Bart. atendida la equidad canónica.

Nada mas equitativo que el dar lugar á esta delacion de juramento, pero es dudosa su admisibilidad, atendidas las palabras de la ley; *despues, seria tenudo de darle los maravedis, bien assi como si los ouiesse rescibido.* A las demás pruebas propiamente tales, no hay duda que queda cerrada la puerta pasados los dos años. Se dice que es iniquidad precisar al pago de lo que en realidad no se recibió: la proposicion en abstracto es indudable; pero se parte en ella de un supuesto falso, á saber, que ha llegado á constar con toda certeza la falta de entrega del dinero: no se repara que en jeneral las pruebas legales no producen certidumbre metafísica, ni la física y si solo la moral, es decir, la probabilidad en mayor ó menor grado; y que la ley, probabilidad por probabilidad, prefiere la que á favor del acreedor resulta del silencio en que por dos años ha permanecido el deudor.

Ofrécese aquí una cuestion; si el qué entregó el vale muere, ¿el tiempo durante el cual la herencia está vacante será contado para escluir la escepcion? Parece que no, atendido el principio, *contra non calentem ager præscriptio non currit.* Otra cuestion se agita por los prácticos, á saber, si la escepcion *non numeratæ pecuniæ* podrá objetarse al documento guarentigio: puede ella resolverse diciendo que dentro los dos años la escritura nada prueba, segun la ley, y de consiguiente, que no existe tal instrumento guarentigio: véase á Gomez. Var. Resol. T. 2. cap. 6. n. 3. el cual opina por la procedencia de la escepcion. Esta cuestion y las demás de esta naturaleza apenas tienen lugar en el foro con el motivo de continuarse en casi todos los instrumentos la renuncia de la escepcion dicha.

(61) Esta regla, que el deudor oponiendo la escepcion *non numeratæ pecuniæ* dentro los dos años no esté obligado á no ser que el deudor pruebe la entrega del dinero, debe ampliarse y limitarse siguiendo á Felin. en el cit. cap. *si cautio*, fol. 3. col. 4. y fol. 4.

(62) Es decir por la razon que no debia pagar sin que el acreedor probase la entrega; ahora, puede él tomar sobre sí el cargo de probar la no entrega; pues que la renuncia no debe tener mas fuerza que el transcurso de los dos años, el cual, como llevo dicho, no quita al deudor este recurso, á lo menos por equidad canónica; Juan de Imol. cap. últ. *de solut.* col. pen. y Salic. en la cit. l. 3. C. *de non num. pec.*, 1. y 3. cuest. y allí la Glos.

(63) ¿Bastará que la renuncia se haga en la misma escritura? Así lo espresa esta ley, aunque sea algo duro, atendido que se renunciará en aquel acto con la misma facilidad con que se confiesa recibido lo que no lo es: véase Alex. consil. 35. col. 1. vol. 1. Adviértase que á esta decision se opone la opinion general de los Doct. que discurren sobre el derecho comun, Bart. y los Doct. en la cit. l. 3. C. de *non num. pec.* Host. y Juan Andr. en el cap. últ. *de solut.* y Abb. en el cap. *si cautio, de fide instrum.* Nuestra ley se decide aquí por la opinion de Juan Fab. *Instit. de litter. oblig.* col. últ., y de Bald. en la l. 6. D. de *off. præsid.*; opinion, que sostiene ser justa y usual Juan de Imol. en el cap. *si cautio, de fide instrum.* núm. 6. y 25. Entiéndase la ley del caso en que el renunciante no tomara sobre sí el cargo de probar la falta de entrega, segun dije en la nota 60., y lo sostienen la Glos. en la cit. l. 3. y Roder. Suarez en las repet. á la l. 56. D. *de re judic.* fol. 142. col. 3. En el supuesto que el deudor hubiese hecho la indicada renuncia despues de

LEY 10. *Que fuerça ha el emprestamo, e que pena deue auer el que lo non tornare.*

Tal fuerça ha el prestamo (64) que los omes fazen vnos a otros, de las cosas que se pueden contar, o pesar, o medir, que luego que passa la cosa a poder de aquel a quien fue prestada, que maguer la queme fuego (65), o la lleue agua, o la furten ladrones, o la pierdan por otra manera qualquier, por de aquel se pierde que la rescibe prestada, e non por del otro que la presto. Otrosi dezimos, que aquel que toma la cosa prestada, si non la torna a la sazon que deuia, que tenudo es de pechar aquella pena (66), que se obligo por esta razon. E si pena non fue puesta, deue pechar los daños, e los menoscabos (67), que rescibio el otro, en demandar la cosa que le presto. E para esto pagar, son tenudos tambien los herederos, de los que tomaron el prestamo, como ellos mismos.

los dos años. dice Salic. en la cit. l. 3. que no será escuchado aunque ofreciese probar la falta de entrega del dinero: véase tambien á Felin. en el cit. cap. *si cautio.*

(64) ¿En caso de duda el dinero se presumirá depositado ó prestado? V. Salic. en la l. 11. C. *si cert. petat.* col. últ.—* Otra cuestion puede presentarse: entregué dinero en depósito y permití al depositario que usara de la cantidad depositada ¿esta autorizacion por sí sola constituye el contrato de mutuo, de manera que responda del caso fortuito el que recibió el dinero? Surtirá este efecto si es posterior al contrato: si se dió la autorizacion al hacerse el depósito, no habrá mutuo mientras el depositario no se valga de la cantidad que recibió, l. 9. §. últ. y l. 10. D. *de reb. cred.* Por la l. 2. del tít. 3. y de esta Part. se establece que si las cosas fungibles se diesen por cuento, peso ó medida, pasa el dominio al depositario, lo que verificándose, el contrato no puede dejar de ser el de mutuo.

(65) Concuerda con la l. 11. C. *si cert. petat.* y con el §. 2. *Instit. quib. mod. re contr. oblig.*

(66) Por aquí se ve que puede estipularse pena en el mutuo; empero esceptúese el caso en que el mutuante acostumbrase dar á logro; entónces la pena se tendria por usura paliada, l. 5. C. *de usur.*, l. últ. tít. 11. de esta Part. y Bart. en la l. 90. D. *de verb. oblig.*

(67) Añádase la l. 4. princ. D. *de eo quod certo loco* y la l. 3. D. *de in lit. juran.* y allí la Glos. en la palabra *sua die:* y nótese que en el préstamo de dinero vienen tambien los perjuicios estrínsecos, segun la l. 3. cit. de los que no se tiene cuenta en las demás cosas fungibles, l. 21. §. 3. D. *de act. empt. et vend.*, y véase lo que de esto infiere Jasson siguiendo á Fulgos.; en la citada l. 3., y si siendo comerciante el acreedor vendrá ó no el daño estrínseco. V. Bart. en la cit. l. 3. y en la l. 2. §. 8. D. *de eo quod certo loco.* —* Esta ley de Partidas, al imponer al deudor la obligacion de satisfacer los menoscabos, no distingue entre el dinero prestado y las demás cosas fungibles: de otra parte la ley 3 *de in lit. jur.* trata del depósito y no del mutuo, cuya accion de la clase de los *stricti juris* no podia dar lugar al juramento *in litem* ó estimatorio, segun la l. 5 del cit. tít.; y además la citada l. 3. habla del dinero por via de ejemplo, y no para indicar que no debia tratarse de perjuicios estrínsecos, si la cosa depositada fuese de otra especie. Por lo jeneral las leyes romanas dan al acreedor el derecho de reclamar los perjuicios estrínsecos cuando la obligacion hubiere dejado de cumplirse por dolo ó contumacia del deudor, fuera de esto limitan la accion del primero á los intrínsecos; v. Domat, de *conventions*, liv. 3 tit. 5. secc. 2. y Pothier, *Traité des obligations*, *Part.* 1. chap. 2. art. 3. Sin embargo de que este principio general es la espresion de las principales decisiones sobre la materia, debe advertirse que en ella no dejaron de fluctuar los jurisconsultos, como lo veremos en algunos lugares. En cuanto á las leyes de Partida, parece que reconocen el mismo principio en el fondo: en efecto, la ley que se comenta, establece simplemente, que el deudor que no cumple (sin espresar que sea por dolo) *deue pechar los daños e los menoscabos, que rescibio el otro en demandar la cosa que presto*, al paso que la l. 13. tít. 11. de esta Part., ley que por el título en que se halla puede mirarse como general á todas las convenciones, dice que el deudor que rehuye maliciosamente el cumplimiento de la promesa, responderá de *todos* los daños y menoscabos; añádase á esto que la l. 8. del tít. 3. de esta Part., queriendo sujetar al abono de los perjuicios estrínsecos al depositario que niega el depósito, no se contenta con valerse simplemente de las palabras daños y menoscabos, sino que en seguida esplica con un ejemplo cuales son estos menoscabos. Conviene observar que al atribuir nuestras leyes de Partida el derecho al resarcimiento de perjuicios resultantes de la mora, no tienen cuenta de los intereses del capital, cuyo pago se retarda: la ley que se comenta, que, segun llevamos dicho, es probable que habló de la mora no dolosa, limita la reclamacion del acreedor á los daños y menoscabos que recibió en demandar la cosa, esto es, á las costas de la causa, gastos de viajes y otros parecidos: la l. 9. de tít. 2. habla en términos análogos con respecto á la mora del como-

datario, el cual, dice, deberá devolver la cosa, junto con las *costas e las missiones que fizo demandandola a aquel que la presto*: por fin la l. 8. del tít. 3. tratando de la mora moliciosa hace responsable al depositario de todos los menoscabos que el deponente ha esperimentado por deber dinero con pena ó con *cotos* ó de otra manera semejante: podemos pues afirmar, que considerado estéril el dinero por los compiladores de las Partidas, no quisieron jamás adjudicar frutos del mismo por causa de demora.

Las usuras ó intereses lucrativos fueron espresamente autorizados por nuestras leyes hasta mas allá de mediados del siglo 14. Por derecho del Fuero Juzgo, si el capital consistia en dinero podia el interés ser uno por cada ocho, es decir, el 12 ½ por ciento; y consistiendo en áridos ó líquidos era el *maximum* el cincuenta por ciento, l. 8. y 9. tít 5. lib. 5 del F. Juzgo; interés exorbitante que solo se esplica atendiendo á la escasez del dinero por una parte, y á que los únicos capitales, faltando la industria y el comercio, forzosamente debian hallarse en manos de algunos grandes propietarios, y de unos pocos judíos que se arriesgaban al tráfico. El Fuero Viejo de Castilla, que en su mayor parte remonta al siglo 12 de nuestra era, tratando del judío que demanda el capital prestado, dice, *e por la ganancia que le pague* (esto es el deudor cristiano) *tanto e medio por cada año;* l. 3. tít. 5. lib. 3.: si en este *tanto e medio* no venia comprendido el capital, tendríamos un interés de 150 por ciento, y si venia comprendido, lo que reputo mas probable atendido el contesto de la ley, resultaria haber continuado en obsevancia la del Fuero Juzgo. En el Fuero Real, publicado por D. Alonso el Sabio poco antes que las Partidas, hallamos *que ningun judío que diere á usura sea osado de dar mas caro que tres maravedis por cuatro por todo el año;* l. 6. tít. 2. lib. 4., lo que equivale al 33 ⅓ por ciento. Al llegar al código de las Partidas ya vemos la prohibicion absoluta de dar á logro, l. 31. y 40. tít. 11. de esta Part. Sabido es que la autoridad legal de este código fué controvertida hasta que D. Alonso 11. lo confirmó en las cortes de Alcalá: empero, bien sea por la preponderancia que el mismo cuerpo legal iba adquiriendo en el foro, bien sea porque las leyes canónicas comenzaban á mirarse en aquella época como derecho universal; lo cierto es que al celebrarse las citadas cortes se tenian por prohibidas las usuras, como lo prueba el necesitar de cartas ó privilejios especiales los que querian ejercer este tráfico. Por la l. 2. tít. 23. del Ordenamiento hecho en las propias cortes se mandaron retirar tales cartas que habian obtenido varios judíos y moros, disponiendo que en lo sucesivo no se concedieran, y que no se permitiera bajo ningun respecto que judío ni moro diese á logro: la l. 1. del mismo título impuso graves penas al cristiano que diese á usura, consistiendo la primera vez en la pérdida del capital con otro tanto. Estas disposiciones pasaron á la Nueva Recop. y despues á la Novísima, y son las leyes 1 y 2. tít. 22. lib. 12. Entre tanto, y particularmente desde el reinado de los Reyes Católicos, el comercio iba saliendo poco á poco de la postracion en que le habia tenido una guerra de mas de siete siglos: el uso de las letras de cambio comenzaba á propagarse; pero bajo sus apariencias se encubririan no pocas usuras, cuando D. Cárlos y D. Felipe por pragmática de 1552 prohibieron dar á cambio con interés de feria á feria ó de un lugar á otro de estos reinos, l. 3. tít. 3. lib. 9. de la Nov. Recop., y de otra parte por varias leyes y pragmáticas se prohibieron los cambios secos, esto es, el dar letras con interés sobre puntos donde los libradores no tuviesen fondos, l. 4. del cit. tít. Naturalmente se desprende de semejantes disposiciones que los intereses quedaban por punto jeneral autorizados en las letras de cambio. Otra ley de D. Cárlos y Doña Juana en 1534, habia presentado que los mercaderes, cambios y otros tratantes no llevasen mas del 10 por ciento en los contratos no prohibidos, l. 20. tít. 1. lib. 10 de la Nov. Recop. Estas tres leyes las contiene la Nueva Recop. en un mismo título, en el 18. del lib. 5. que lleva por epígrafe *de los cambios y cambiadores y corredores*, lo que hace allí palpable que los casos no prohibidos de los que habla la última son las letras de cambio tiradas sobre un plaza estrangera donde tuviese hecha provision de fondos el librador. Ahora, lo que en la Nueva Recopilacion se presentaba bastante sencillo, en la Novísima ha dado lugar á una cuestion al parecer insoluble: en efecto, quitada de su lugar la ley de D. Cárlos y Doña Juana, é insertada en un título que se ocupa de los contratos y obligaciones en general, se ha creido que en su espíritu era general dicha ley, y los intérpretes se han afanado en buscar los casos no prohibidos en el lucro cesante y daño emergente; ya no ha sido tan fácil ver que su objeto era el cambio del dinero. Bajo el reinado de D. Felipe 3º., con motivo sin duda de que las necesidades del comercio habian burlado las leyes anteriores se declaró que no podia darse dinero á interes á mercaderes, cambistas, ni á otros tratantes, ni aun so color de lucro cesante y de daño emergente, y sí solo á la ganancia y pérdida, so pena de perdimiento del capital; y de otro tanto al que lo hubiere recibido, l. 21. tít. 1. lib 10. de la Nov. Recop. Felipe 4º. con pragmática de 14 de Noviembre de 1652 redujo á 5 el *maximum* de interés que D. Cárlos y Dª. Juana en la ley citada habian fijado á 10 por ciento, esto es, en los casos no prohibidos, y además dispuso, para prevenir fraudes, que en

TITULO II.

DEL PRESTAMO, A QUE DIZEN EN LATIN COMMODATUM.

El prestamo como se departe en dos maneras, diximos en la segunda ley del Titulo ante deste. E pues que y fablamos complidamente de la primera manera de prestamo, a que dizen en latin *Mutuum*, porque se emprestan todas las cosas que se pueden contar, o pesar, o medir; queremos aqui dezir de la segunda manera de prestamo, que es dicha en latin *Commodatum*, por que se pueden emprestar todas las otras cosas que non son de aquella manera. E mostraremos primeramente, que cosa es. E por que ha assi nome. E quien lo puede fazer. E a quien. E de que cosas. E en que manera. E cuyo es el peligro, si la cosa prestada se pierde, o se muere, o se menoscaba. E quando deue ser tornado tal prestamo. E que pena deue auer el que rescibiere la cosa prestada, si non la tornare.

LEY 1. *Que cosa es prestamo, a que dizen en latin* Commodatum, *e por que ha assi nome, e quien lo puede fazer, e a quien, e de que cosas.*

Commodatum es vna manera de prestamo, que fazen los omes vnos a otros, assi como de cauallos, o de otra cosa semejante, de que se deue aprouechar aquel que la rescibió, fasta tiempo cierto (1). E esto se entiende, quando lo faze por gracia, o por amor, non tomando aquel que lo da, porende, precio (2) de loguero, nin de otra cosa ninguna. *commodatum* quiere dezir (3), como cosa que es dada a pro de aquel que la rescibio. E todos aquellos que diximos en las leyes del Titulo ante deste, que pueden dar, e rescebir emprestadas, las cosas que se suelen contar, o pesar, o medir; essos mismos (4) pueden dar, e recebir tal prestamo como este, que

todo contrato, en que el deudor se obligara al pago de alguna cantidad, jurase si habia ó no intereses, y caso de haberlos, en que cantidad, que el escribano diera fe del juramento, y que el acreedor lo prestara sobre los mismos puntos al hacer uso de la escritura, debiendo negársele toda fuerza legal faltando estas circunstancias, l. 22. tít. cit. Esta pragmática, segun un ilustrado escritor de nuestra época, fué revocada á los tres dias por una Real cédula, lo que con notable descuido se pasó por alto al redactor la Nov. Recop. Bajo el ilustrado gobierno de D. Cárlos 3°. se comienza á transigir con los principios, autorizando en 1764 con Real resolucion á consulta del Consejo, los contratos por medio de los cuales los cinco gremios mayores de Madrid tomaban dinero al 3 por ciento, destinándolo al giro, l. 23. tít. 1. lib. 10. de la Nov. Recop., y pocos años despues quedó sancionada la lejitimidad del interés por razon del lucro cesante, respecto de los capitales adelantados en la compra de producciones sujetas á tanteo, l. l. 14. y 17. tít. 13. lib. 10. de la Nov. Recop.; si bien por otra en 1782 la prohibieron los préstamos de mercancías, aunque fuese comerciante el prestador, l. 3. tít. 8. lib. 10. Nov. Recop. En el reinado de D. Cárlos 4°. hallamos igual autorizacion del interés con motivo del lucro cesante de que se acaba de hablar; l. l. 18 y 21. del cit. tít. 13.; y además se declaró con Real resolucion á consulta del consejo en 1790, que si los cosecheros tomasen entre año, para sostener su libranza, dinero ó géneros apreciados de comerciante ú otras personas; quedaba reducida la accion de los prestadores á percibir sus créditos en dinero, con la prorata del seis por ciento, siendo comerciante el prestador, l. 5. tít. 8. lib. 10. de la Nov. Recop. Tal es el estado de nuestra legislacion en este punto. Ahora, si de otra parte se atiende á las demostraciones de los economistas y á ciertos actos del mismo gobierno, ora abriendo empréstitos, ora facultando á Montepios para que presten á interés, y á otros de esta naturaleza, se concebirá cuan difícil sea la posicion de los tribunales en esta materia.

(1) Tácito ó espreso: si te presto un caballo para ir á la ciudad, se entiende concedido por el tiempo necesario para el viage de ida y vuelta, l. 2. §. 6. D. *de eo quod certo loco*, Bart. en la l. 17. §. 3. D. *commod.* Adviértase, que á fin de que haya comodato se necesita que se entregue la cosa para cierto uso; sin cuya circunstancia tendríamos el precario, Glos. y allí Bart. en el cit. §. 3. y Abb. en el cap. últ. *de precar.* col. pen. y últ. y en el cap. 1. *de commod.* ¿Y si dentro del tiempo prescrito no pudo usarse de la cosa, por enfermedad ú otra causa? V. Bart. y la Glos. en el lugar citado.

(2) Añad. el §. 2. *Instit. quibus mod. re contr. oblig.*

(3) V. Azon en la suma C. *commod.*, col. 1.

(4) Sin embargo, si el pupilo diese en comodato el comodatario es el único obligado, l. 13. §. 29. D. *de act. emp. et vend.*: si es el pupilo el que recibe, solo se obliga en cuanto se enriqueciese, y cuando cometiese dolo, segun la l. 1. §. últ. y l. 2. y 3. D. *commod.* y l. 1. §. 15. D. *depos.* No le obsta al comodatario, en el egercicio de su accion, el haber robado la cosa, ni otra cualquier circunstancia parecida, l. 15. y 16. D. *commod.*—* Es ca-

se face de las otras cosas que non son desta natura, assi como de suso diximos (5).

LEY 2. *En que manera se faze el prestamo, a que dizen en latin* Commodatum: *e cuyo peligro es, si se pierde, o se muere, o se empeora la cosa emprestada.*

Departieron los Sabios antiguos, que el prestamo del commodato se faze en tres maneras. La primera es, quando el que empresta la cosa, la empresta con entencion de fazer gracia al que lo rescibe (6), tan solamente, e non por pro de si mismo. E esto seria, como si emprestasse vn ome a otro, cauallo, o arma, o otra cosa semejante, que ouiesse menester. E de tal prestamo como este dezimos, que aquel que lo rescibe, que es tenudo de lo guardar tan bien como si fuesse suyo proprio, e aun mejor si pudiere. E si lo non fiziesse assi, si se perdiesse, o se muriesse, o si lo empeorasse por su culpa, o por descuydamiento (7), tenudo es de pechar otra tal cosa, e tan buena, a aquel que gela presto. Empero, si esto auiniesse por ocasion (8), e non por su culpa, estonce non seria tenudo de lo pechar. La segunda manera de prestamo es, quando de la cosa emprestada se aprouecha tambien el que la da, como el que la rescibe: e esto seria (9), como si dos omes combidassen a comer de so vno a vn su amigo, e el vno dellos ouiesse vasos de plata, e el otro non; e aquel que los non auia, rogasse al otro, que le prestasse aquellos vasos con que beuiesse, para fazer honrra, e plazer a aquel su amigo. E de tal prestamo como este, o otro semejante del, dezimos, que aquel que lo rescibe, non es tenudo de guardarle mas, que faria las sus cosas proprias (10). E porende, guardandolo el assi como lo suyo, maguer se

si indudable que hubo descuido de parte de los compiladores de las Partidas, al sentar en esta ley que son capaces para dar y recibir en comodato la mismas personas que se declaran hábiles para dar y recibir á título de mutuo. Tomada semejante disposicion en su sentido general tendríamos, que seria nulo el acto con que el hijo de familias recibiera en comodato alguna cosa; de modo que ni aun podria ser reconvenido al hallarse fuera de la patria potestad; sin embargo que las razones en que se fundó el S. C. Macedoniano (cuyas disposiciones y espíritu prohijan las leyes de Partidas al declarar ineficaz el préstamo hecho al hijo de familias) no son aplicables al comodato, ni se encuentra legislacion alguna donde semejante aplicacion se haya hecho.

(5) En el principio de este título y del anterior.

(6) Se presume hecho en beneficio del comodatario sino consta otra cosa, segun Bart. en la l. 5. §. 10. D. *commod.*; y nótese, que si el contrato se celebra principalmente en beneficio del que recibe, se prescinde de alguna pequeña utilidad que reporte el comodante, l. 11. princ. D. *si cert. petat.* notable en esta materia, y allí Ang. Alex. y Bart.

(7) Es decir por culpa levísima, la que consiste en la falta de aquel cuidado que es propio de los hombres mas diligentes; así que, si uno muy cuidadoso hubiese podido impedir el daño que ha sufrido la cosa que recibiste, serás responsable de este daño, Abb. cap. único *de commod.* col. 3. siguiendo la opinion de Bart. en la l. 32. D. *depos.*, col. 5.

(8) A saber, el caso fortuito, del cual no responde el comodatario, aunque en beneficio suyo esclusivamente se celebrara el contrato. A no ser que al caso fortuito le precediere culpa, ó mora, ó que mediase pacto, l. 5. §. 7. y l. 18. princ. D. *commod.*

(9) Es el ejemplo que trae el Jurisconsulto en el principio de la l. 18. cit.

(10) Llamo la atencion hácia esta ley. Por derecho comun la opinion general de los Doct. hace cargo de la culpa leve al comodatario si el contrato se celebró en beneficio de las dos partes, l. 5. §. 2. y l. 18. princ. D. *commod.* y allí Bart., la Glos. en el §. 2. *Instit. quibus mod. re contr. oblig.* en la palabra *exactam*, y en la l. 5. §. 10. D. *commod.* y Abb. en el cap. 1. *de commod.* col. 2., si bien allí la Glos. menciona únicamente el dolo y la culpa lata: ahora bien, la culpa leve, segun Bart. en la l. 32. D. *depos.* col. 10. consiste en la omision de aquel cuidado que es propio de los hombres diligentes de igual condicion y profesion, es decir, considerada la culpa respecto de las cosas agenas, definicion conforme con la l. 14. D. *de pignor. act.* Juntando esta ley con el §. últ. de la anterior que tambien habla del comodato, prueba la Glos. que en él, cuando se celebre en provecho de las dos partes, se prestará la culpa leve, tal como se acaba de definir. Sin embargo, esta ley de Partidas establece, que celebrado el comodato en provecho de los dos contrayentes, el comodatario no está obligado á mayor cuidado que el que suele poner en sus cosas: la razon de la ley estribará tal vez en que hay en ese caso una especie de sociedad entre comodante y comodatario, y por lo mismo atiende tan solo al cuidado que el último pone de ordinario en sus cosas, cuidado que es bastante entre socios, l. 72. D. *pro socio*, y §. últ. *Instit. de societ.*; en una palabra, la culpa leve no se gradua cual respecto de las cosas agenas, sino como tocante á las

perdiesse por ser el de mal recabdo (11), non seria tenudo de lo pechar. La tercera manera es, quando el que empresta la cosa, lo faze con entencion de fazer honrra, e plazer a si mesmo, mas que por aquel que lo rescibe. E esto seria, como si alguno emprestasse a su esposa (12), o a su muger, algunos paños (13) preciados, por que viniesse ante el mas apuestamente, e mejor. E porende dezimos, que pues que el faze el prestamo, por su honrra, e por su plazer, si ella pierde aquello que le empresto, non es tenuda de lo pechar; fueras ende, si lo dexasse perder engañosamente (14). E lo que diximos en esta ley ha logar, non tan solamente en estas cosas sobredichas, mas en todas las otras cosas semejantes dellas.

LEY 3. *A quien pertenesce el peligro de la cosa emprestada, quando se pierde por ocasion.*

Por ocasion perdiendo algund ome la cosa que ouiesse rescebido emprestada, que fuesse de aquellas que se non pueden pesar (15), nin contar, nin medir, assi como cauallo, o armas, o paños, o otra cosa semejante, non es tenudo de la pechar el que la rescibe, si se pierde sin su culpa. E por ocasion se perdiendo, e non por su culpa, seria, como si (16) gela quemasse fuego (17) con otras cosas, o si se cayesse la casa (18) de suso (19), e la matasse; o si gela leuassen auenidas de aguas, o gela robassen los enemigos, o gela furtassen ladrones (20); o si la

cosas comunes la define Bart. en la l. 32. cit. *depos.* Véase además Bart. y la Glos. en la l. 1. D. *de solut.* col. 2. y la l. 8. tít. 8. de esta Partida, vers. *quanta pudiesse,* junto con lo allí anotado: v. l. 11. tít. últ. Part. 7.

(11) ¿Qué dirémos si fuese del todo negligente para sus cosas? Entónces no bastará el cuidado que en ellas pone, porque limitándose á él tendríamos ya la culpa lata. Entiéndase pues la ley del que no es del todo negligente, Bart. en la l. 32. D. *depos.* col. 11. y Salic. en la l. 8. C. *de pignor. act.* — * La ley de Partida dice que el comodatario no responde de la cosa, si la guardase como lo suyo, aunque se perdiese *por ser el de mal recabdo;* ahora bien, hombre de *mal recabdo* es el negligente en alto grado, ó lo que es lo mismo, el que carece absolutamente de cuidado.

(12) Conviene con esto el que en caso de duda los adornos que se entregan á la esposa mas bien parecen prestados que dados: véase lo que dice la l. 3. tít. 11. Part. 4. sobre las palabras *como don:* sin embargo se presumirá donacion cuando se trata de cosas de las cuales se acostumbra hacerla, l. 1. §. 5. D. *de tutel. et ration. distrah.,* y así parece resultar de la l.52. de Toro.

(13) Esto es por via de ejemplo: hállase otro en la l. 5. §. 10. D. *commod.*

(14) Esto es, con dolo ó culpa lata, como en el §. 5. cit. y en la l. 1. §. 5. D. *de oblig. et act.;* véase a Glos. en el cit. cap. únic. *de commod.*

(15) Respecto de las fungibles véase lo dicho en la l. últ. del tít. anterior.

(16) Tenemos aquí lo que se entiende por caso fortuito y algunos ejemplos de él; añad. l. 23. D. *de regul. jur.* y v. Bald. en la l. 6. C. *de pignor. act.*, donde pone algunos que provienen de la naturaleza, y otros que dimanan del hecho del hombre; y dice allí que el caso fortuito es un accidente que ni la custodia, ni el cuidado, ni la prevision pueden evitar: los casos fortuitos que proceden del juicio divino, se llaman impetuosos como advierte la Glos. en el §. 1. *Instit. de capit. dim.* y Bald. en la l. 8. C. *locat.*

(17) Luego el incendio es un caso fortuito, segun esta ley y la l. 5. §. 4. D. *commod.* y la l. 23. D. *de regul. jur.:* entiéndase esto del caso en que no proviniere de culpa de los inquilinos, segun Bald. en la l. 3. §. 1. D. *de off. præfec. vigil.* y la Glos. en el §. 3. *Instit. quibus mod. re contr. oblig.:* véase sobre la materia Alex. cons. 50. vol. 1. y Salic. en la l. 6. C. *de pignor. act.* col. 2. y 3., y allí Bald. — * Segun el derecho establecido en el Fuero Juzgo, si el comodatario perdiese en un incendio la cosa que recibió en comodato, y nada salvó de lo suyo, queda libre de responsabilidad, con tal que jure la última circunstancia, presente testigos (al objeto segun parece de afirmar el hecho del incendio), y dé relacion escrita de cuanto perdió; l. 3. tít. 5. lib. 5. Si hubiese librado del incendio algunas de sus cosas, deberá una parte proporcional del valor de aquella que recibió prestada, l. 5. del cit. tít.

(18) Añád. el §. 4. de la l. 5. D. *commod.*

(19) Dícese esto á tenor de lo que se sienta en el §. 4. cit. véase allí la Glos. en la palabra *salvas.*

(20) En el cit. §. 4. se dice *vi latronum.* Dígase lo mismo si el hurto es clandestino, siempre que no hubiese motivo de sospecha, segun Bald. en la l. 6. C. *de pignor. act.* col. 1. y en la l. 1. C. *depos.* Sin embargo, el hurto no se cuenta de ordinario entre los casos fortuitos, l. 52. §. 3. D. *pro socio,* y la Glos. en el cit. §. 3. *Instit. quibus mod. re contr.* y en el §. 3. *Instit. de act.;* á no ser que no pudiese imputarse culpa, como en el caso del §. 3. l. 52. *pro socio;* por ejemplo, si se hubiese dado una bebida soporífera al que debia ser robado, ó bien si la muger de este ó alguno de su familia ó criado de quien podia fundadamente fiarse cometió el robo; ó bien si teniendo perfectamente cerradas y afianzadas las puertas se las

perdiesse sobre mar por alguna tempestad, o por quebrantamiento de algund nauio, en que la leuasse ome; o en otra manera semejante destas. Pero razones y ha, que maguer se perdiesse la cosa por alguna de las ocasiones sobredichas, que seria tenudo de la pechar, aquel que la ouiesse rescebido emprestada. E esto seria (21), assi como si demandasse vasos de plata emprestados, con que beuiesse en su casa, e los leuasse sobre mar, o en algund camino, e los perdiesse alla; o si pidiesse alguna bestia emprestada, para vna jornada, e la leuasse mas lueñe, e se muriesse, o se perdiesse alla. Ca en tales casos como estos, o en otros semejantes dellos, tenudo seria de pechar lo que rescibiesse prestado, maguer la cosa se perdiesse por ocasion: porque el dio carrera por do acaescio aquella ocasion, vsando della en otra manera que non deuia. Otrosi dezimos, que rescibiendo vn ome de otri alguna cosa prestada fasta tiempo cierto, que non fuesse de aquellas que se suelen contar, nin pesar, nin medir, si pusiesse dia, o ora cierta, a que la tornasse a su señor, si de aquel dia, o de aquella ora en adelante, vsasse de aquella cosa, teniendola contra voluntad (22) de su señor, e se perdiesse, o se muriesse, tenudo seria de la pechar. Esso mismo seria, si aquel que rescibiesse la cosa prestada, se obligasse (23) en tomandola, que si se perdiesse, o se muriesse, o se empeorasse, por alguna destas cosas (24) que dijimos, que fuesse el peligro del.

LEY 4. *Si aquel que toma la cosa emprestada la embia por mensajero, cuyo deue ser el peligro, si se pierde en la carrera.*

Emprestada tomando algund ome cosa de otri, que sea de aquellas que se non suelen contar, nin pesar, nin medir; si aquel a quien fuesse prestada, la embiasse al señor cuya era, con algund su ome (25) de recabdo (26), que fuesse atal, que

abrieron con arte, como sucede en almacenes donde nadie duerme; segun Salic. y la Glos. en el cit. §. 3. de la l. 52., y Ang. en el cit. §. *Instit. de act.* col. 4. — * El Fuero Juzgo es en esta parte bastante equitativo: al comodatario, dice, se le concederá un término para buscar al ladron: si fuere hallado, entregue al comodante la cosa ó su valor, y el comodatario perciba la pena: si el ladron no fuese hallado, pagará el comodatario la mitad del valor de la cosa, á fin de que el daño se reparta entre los dos, l. 3. tít. 5. lib. 5.

(21) Añád. l. 5. §. 7. D. *commod.*, y allí Bart. donde examina cuando debe responderse del caso fortuito por haberle precedido culpa: véase tambien la ley 4. tít. 3. y la l. 20. tít. 13. de esta Partida, y el dicho notable de Bald. en el cap. 1. §. últ. vers. 2. *episc. vel abbat.*, á saber, que si precediendo culpa propia perdiese uno la vista ó de otra manera se hiciere inhábil ó inútil, deberá ser privado del feudo; y véase al mismo Bald. cap. 2. *de feud.*

(22) Es decir, que precediendo mora se responde del caso fortuito, segun esta ley, y la l. 23. D. *de verb. oblig.*, la l. 5. D. *de reb. cred.*, y el cap. 1. *de commodato.*

(23) Añád. l. 1. C. *de commod.*, y el cap. 1. del mismo tít.: sobre si deberá regir la misma disposicion en el supuesto de darse estimada la cosa, véase Abb. en el mismo cap., col. últ. — * Ulpiano en la cit. l. 5. §. 3. D. *commod.*, decide esta cuestion, *et si forte,* dice, *res æstimata data sit, omne periculum præstandum ab eo, qui æstimationem se præstaturum recepit.*

(24) ¿Será necesario que se individuen los casos fortuitos, ó bastará la renuncia en términos generales? Esta ley no decide: véase la Glos. y los Doct. en la l. 4. §. 4. D. *si quis caution.*; y Salic. en la cit. l. 1. C. *de commod.*: parece ser opinion comun, que la renuncia general, despues de haber espresado algunos casos particulares, basta en los contratos y en los juicios; véase lo que digo en la l. 23. tít. 8 de esta Partida.

(25) Esceptúese: 1°. Si se convino espresamente que el mismo comodatario la trajese, ó que así resulte tácitamente de la calidad de las personas, y la mandara por otro, segun la Glos. Bart. y los Doct. en la l. 10. §. 1. y en la l. 11. D. *commod.*: 2°. Si no se escoge un mandadero fiel: 3°. Si se tratara de cosa no individualizada *(quantitas)*, l. 11. C. *si cert. petat.*, Abb. en el cap. *significante, de pignor.* y Pablo de Castr. en el citado §. 1 [este último caso no es escepcion propiamente tal, porque entónces en vez de comodato, es mutuo el contrato, si la cosa fuese fungible; y permuta, si de otra clase]: en cualquiera de dichos casos el comodatario responde del caso fortuito; véanse los lugares citados. Nótese que si se trata de cosa no individualizada *(quantitas)* el deudor podrá escusarse de llevarla al domicilio del acreedor, si pudiese aquella correr algun riesgo por el camino, segun la Glos. en la l. 8. §. 9. D. *de transact.*, alegada por Bald. en la l. 10. C. *de oper. libert.*, col. 4. y Juan de Platea en la l. 8. C. *de ann. et tribut.*: y de otra parte si yo, deudor de cierta cantidad, la entrego al mandadero destinado al efecto por el acreedor, quedo desobligado al instante, aunque el mandadero la pierda, segun Abb. en el cit. cap. *significante*: y esto procede aunque el crédito sea de alguna Iglesia, segun Bald. en la auth. *hoc jus porrectum, C. de Sacros. Eccles.*

(26) V. l. 27. tít. 11. Partida 3. y la. 20. §. últ.

ouiesse acostumbrado de fiar en el (27) tales cosas, o mayores, si en leuandola este tal, la perdiesse por ocasion, como si gela tolliessen por fuerça, o gela furtassen, o en otra manera semejante destas, o si le fiziessen algund engaño, por que la perdiesse; en qualquier de estas maneras, o en otras semejantes dellas, dezimos, que se pierde a aquel que la presto, e non al que la tomo prestada. Ca pues el puso aquella guarda en embiarla, que fiziera si suya propia fuesse non es tenudo de la pechar. Mas si la embiasse con ome que non fuesse de buen recabdo (28), e en quien non ouiesse acostumbrado de fiar tales cosas; si se perdiesse por culpa deste atal, o por su negligencia, tenudo seria de la pechar aquel que la ouiesse tomado prestada. Mas si aquel que ouiesse emprestado tal cosa, embiasse por ella algund ome suyo, e aquel que la tenia gela diesse; si aquel su ome que embio por ella la perdiesse, o la malmetiesse, o se fuesse con ella, perderse y a a aquel cuya fuesse, e non aquel que la tomo emprestada. Pero si este que la auia prestado, e cuya era, embiase dezir a aquel a quien la auia prestado, que gela embiasse por algund su ome de recabdo, en quien se fiasse, e este atal por quien gelo embio dezir, cambiasse la razon, e dixesse, que le embiaua dezir, que gela embiasse por si mismo; si este que la tiene lo creyesse (29), e gela diesse, si la perdiesse, o se fuere con ella, es el peligro de aquel que la tiene prestada.

LEY 5. *Como los herederos del finado deuen tornar la cosa que rescibio emprestada, aquel a quien ellos heredan.*

Muriendose alguno, a quien ouiessen prestado cauallo, o otra cosa semejante desta, tenudo es de lo tornar su heredero, a aquel que lo empresto. E si por auentura los herederos muchos fuessen, qualquier dellos, que aya aquella cosa (30), es tenudo de la rendir, a aquel cuya era, o a sus herederos. Otrosi dezimos, que si aquel que tomo la cosa prestada, la perdió en su vida, o la perdieron sus herederos, despues que el murio, por su culpa; que son tenudos cada vno dellos (31) de la pechar, pagando cada uno su parte en aquella cosa, segund valier; o deuen comprar otra tal como aquella, e tan buena, e darla a aquel cuya era la otra que se perdio. E aun decimos, que si vna cosa fuere emprestada a dos omes, o mas, e quando gela emprestaron, non se obligassen cada vno dellos en todo, para tornarla; si aquella cosa se perdiesse (32), tenudos son cada vno dellos, de pechar su parte, e non mas (33).

D. *de præscript. verb.* y lo anotado por Bart. en la l. 7. C. *de furt.*

(27) Y no importa que sea pobre, con tal que por sus buenas costumbres hubiese inspirado confianza, *arg.* l. 8. D. *de suspect. tutor.*, sobre la cual véase Bart.

(28) Nótese que se le imputa el haber escogido un mal mandadero: añád. l. 3. D. *de publican.* y l. 23. D. *de minor.* y la Glos. en el cap. *in gravibus*, 3. q. 7. y la l. 10. §. últ., D. *commod.* y la ley 39. D. *de solut.* y allí Bart.

(29) Impútasele su credulidad ó ligereza, segun esta ley y la Glos. en la l. 12. D. *commod.*, cuya opinion esta ley aprueba. Esceptúase el caso en que el comodatario hubiese tenido justo motivo de creer al falso mensajero, ó porque trajo una carta supuesta, ó porque fuese criado, al cual el comodante solia dar semejantes encargos, l. pen., D. *quod cum eo* y l. 12. D. *de pignor. act.*, Ang. y Pabl. de Cast. en la cit. l. 10. §. 1. D. *commod.*; hacen al caso las leyes 5. §. 10. D. *de institor.*, y 4. C. *de serv. fugit.* vers. *quod si servus*, y v. Bart. en la l. 52. §. 11. D. *de furt.*

(30) Procede esto por equidad, contra la regla general, de la l. 2. C. *de hæred. act.*, v. l. 3. §. 3. D. *commod.*; esceptúase el caso en que se hubiese contestado pleito con el difunto sobre restitucion de la cosa, l. 2. D. *de prætor. stipul.* y la Glos. en la l. 9. D. *de condict. furt.* — * Los herederos del comodante podrán pedir la cosa al comodatario, á saber, cada uno por la parte que tuviere en la herencia, si fuese aquella divisible; si al contrario fuese indivisible, podrán sin duda pedir el todo de la cosa, si de comun acuerdo instituyen la accion; empero, no presentándose mas que parte, no se les entregará la cosa sin que den caucion bastante que responda de la reclamacion de los demás; *arg.*, l. 1. §. 36. D. *depos.*

(31) V. l. 22. D. *depos.*, y la Glos. en la l. 5. §. 15. D. *commod.* en la palabra *habebuntur*. — * Si la cosa prestada se hubiese perdido por culpa de uno solo de los herederos parece que este será el único responsable: en efecto, cada uno de los herederos no puede estar mas obligado de lo que lo era el difunto: quien hubiera quedado libre caso de haber perecido la cosa sin hecho ni culpa de su parte, véase Pothier, Trait. des oblig., part. 2. chap. 4. secc. 2. art. 2.

(32) De estas palabras *se perdiesse* se infiere que la ley habla de la obligacion secundaria que nace del dolo ó de la culpa.

(33) Nótese esta ley: por derecho comun, siguiendo la opinion general de los Doct., si son

LEY 6. *Como aquel que presta la cosa, que ha alguna maldad en ella, deue apercebir al otro que la toma prestada.*

Pidiendo vn ome sieruo prestado, para seruirse del algund tiempo, si aquel sieruo fuesse ladron, e el señor del non apercebiesse ende, a aquel que lo emprestaua, mas se callasse (34); si este sieruo tal furtasse alguna cosa, a aquel que lo tomo prestado, tenudo es el señor, de pechar aquello que le furtasse el sieruo. Otrosi dezimos, que si prestasse vn ome o otro, alguna cuba, o tinaja, o otra cosa, para tener vino, o azeyte; si aquella cosa que le prestasse, fuesse quebrantada, o fuesse tal, que rescibiesse mal sabor el vino, o el azeyte, o se perdiesse, o se menoscabasse en otra manera, aquello que y metiesse; e sabiendo (35) el Señor della, que tal era, se callasse, que lo non dixesse al que la prestaua, tenudo es de pecharle todo el daño, que le viniesse por razon de aquella cosa que le presto.

LEY 7. *Que el que toma sieruo, o cauallo emprestado que le deue dar a comer, mientra que lo touiere.*

Cauallo, o sieruo, o otra cosa semejante desta, tomando vn ome de otro prestada, el que lo rescibe, tenudo es de darle de lo suyo, que coma, e todas las cosas que fueren menester, demientra que se siruiere della. Mas si por auentura cayesse en alguna enfermedad, sin culpa de aquel que la auia emprestado, todas las cosas que le fuere menester, para guarecer aquella enfermedad, tambien en las melezinas, como en galardon al Maestro que le guaresciere, por su trabajo, el señor (36) de la cosa es tenudo de lo pagar, e non el que tiene la cosa prestada.

LEY 8. *Como aquel que perdio la cosa emprestada, e la pecho a su dueño, la deue auer, si la fallare despues.*

Perdiendo alguno la cosa que tomasse prestada, e despues que fuesse perdida fiziesse emienda della a aquel cuya era, pechandogela; si acaesciesse, que el señor fallase despues aquella cosa, que era perdida, en su escogencia (37) es,

dos ó mas los comodatarios de una misma cosa y por dolo ó culpa de ellos se ha perdido, cada uno está obligado solidariamente á la estimacion; y se fundan en el §. 15. de la cit. l. 5. donde se lee *quodammodo duo rei habebuntur*. Empero nuestra ley de Partidas dispone que, si no se ha convenido lo contrario, cada uno esté obligado *pro parte*. Téngase presente esta ley, que parece aprobar la opinion de la Glos. en el cit. §. 15. en la palabra *habebuntur*, la que entiende el testo del caso en que se hubiese convenido que los comodatarios se obligaran solidariamente. Los redactores de las Partidas entendieron que la Glos. hablaba de la obligacion secundaria, al paso que los Doct. han creido que se referia á la primitiva, esto es á la de restituir la cosa misma. Esta ley de Partidas debe concretarse al supuesto que entrambos hubiesen incurrido en dolo ó culpa; pues que si fué uno solo, quedará obligado solidariamente, como en la l. 1. §. 43. D. *depos.*, v. Bart. en el cit. §. 15. col. 3. vers. *oppono.* — * En el supuesto que dos ó mas, con un mismo acto hubiesen entregado alguna cosa en comodato, y se presentare uno solo á pedirla, parece deberá observarse lo que se ha dicho respecto de los herederos (nota 30): á no ser que del tenor del contrato pudiese inferirse que los comodantes quedaban constituidos *coreos credendi*, esto es que la obligacion era solidaria respecto de los mismos; y sin que se oponga la ley 10. tít. 1. lib. 10 de la Nov. Recop., pues que se limita á la constitucion de los *coreos debendi*, estableciendo que si dos personas se obligan simplemente por contrato ó en otra manera alguna, por el mismo hecho se entienda ser obligados cada uno por la mitad; salvo si en el contrato se dijere que cada uno quede obligado *in solidum*, ó entre si en otra manera fuere convenido ó igualado.

(34) Sabiendo que era ladron, segun esta ley y la l. 22. D. *commod.*; y esta circunstancia se requiere para que pueda instituirse la accion *commodati contraria:* para la *noxal* no importa que el comodante ignore el vicio del esclavo, l. l. 1. 2. y 3. D. *de noxal. act.*

(35) Pero no si lo ignorase, segun esta ley y la l. 18. §. 3. D. *commod.*

(36) Esto es, si lo invertido es de consideracion; pero no si son gastos menudos, l. 18. §. 2. D. *commod.* Al juez toca clasificar los gastos, véase Glos. en la Nov. 72. cap. 2. Bart. en la auth. *minoris*, C. *qui dare tutor. vel cur. poss.* y Bald. en la l. 3. C. *de locato;* col. pen.; y esta ley se opone á lo que sienta la Glos. en la l. 12. §. 3. D. *de usufruct.*, á saber, que el criado enfermo á mas de los gastos de manutencion y curacion gana el salario: sobre de esto, v. Bart. en la l. 15. §. 6. D. *locat. conduct.*, col. últ. y en la l. 7. D. *de usu et usufr. et redit.*, y Bald. en la l. últ. C. *de condit. incert.* y en la l. 10. C. *de oper. libert.*, y el *Specul.* tít. *de locat.*, §. *postquam,* col. 6, vers. *quod si mercenarius.*

(37) Adopta la opinion de la Glos. en la l. 17. §. últ. D. *commod.*, pero no espresa que accion

de la tomar para si, si quisiere, e de tornar al otro el precio que ouiesse tomado por ella, o de retener el precio para si, e dar al otro la cosa. E si otro alguno la fallasse, que non fuesse el señor della, puedegela demandar aquel que la perdio, tambien como si fuesse suya (38), porque el auia ya dado el precio al señor della.

LEY 9. *Quando deue tornar el prestamo, aquel que lo rescibio; e que pena deue auer, si lo non fiziere.*

Para seruicio cierto, o fasta tiempo señalado, rescibiendo alguno de otri, cauallo, o otra cosa semejante, emprestada; dezimos, que luego que el seruicio fuesse fecho (39), o el tiempo sea complido (40), tenudo es de la tornar a su señor: e non la puede tener dende en adelante como en razon de prenda (41), maguer aquel que

tendrá el comodatario, si será la *reivindicativa*, pues que satisfizo la estimacion de la cosa, *arg.* l. 63. D. *de reivind.*, ó la *condictio sine causa* para alcanzar el precio, arg. l. 2. D. *de condict. sine causa*, ó bien la accion *commodati contraria*, para pedir con ella alternativamente el precio ó la cosa, conforme á esta ley y á la l. 17. *cit.*, donde Bart. siguiendo á Jacobo Butric. dice, que el actor puede elegir una de estas acciones; y que si escoge la *reivindicativa* y el convenido contesta la demanda, no podrá despues este librarse con la entrega del precio, sino que á tenor de la accion instituida entregará la cosa misma. Sin embargo, me parece que en este caso no compete al actor la accion *reivindicativa*, porque si bien entregó la estimacion, le faltó la toma de posesion, requisito indispensable para alcanzar el dominio; así que deberá carecer de accion real sino se le ha cedido: esta opinion que parece la mas fundada es la de Ang. y Paul. de Castr. en el cit. §. últ. de la l. 17. conformes en ello con Dyn. en el cap. *pro possessore*, lib. 6. Podrá pues el actor instituir ó la *condictio sine causa* ó la *commodati contraria*, segun esta ley y la cit. l. 2. *de condict. sin. caus.* En dos casos podria competer la *reivindicativa*: 1°. si sabiendo el comodante que la cosa existia recibió la estimacion; parece entónces que consintió en venderla, de consiguiente estará tenido á la restitucion por la accion *reivindicativa útil*: 2°. Si el mismo comodante obtuvo dolosamente la estimacion, como en el caso que se propone en la l. 21. D. *commod.* á saber, si fuese él quien hurtara la cosa, v. la Glos. y los Doct. en la cit. l. 63. en la palabra *juvari* y en la cit. l. 2. *de condict. sin. caus.*, y lo que dije en la l. 19. tít. 22. Part. 3. sobre las palabras *que le torne*.

(38) Por ahí se ve que se le dará al comodatario la accion *reivindicativa útil* sin necesidad de que se le ceda por el comodante como en la citada l. 63.

(39) Es decir, despues de concluido el uso, segun la l. 17. §. 3. D. *commod.* y el cap. 1. del mismo tít.: de otra suerte habria lugar á la accion *commodati contraria*. El precario puede revocarse cuando se quiera aunque se designe uso, como lo advierte Abb. en el cap. últ. *de precario* y en el cap. 1. glos. 1. col. 2. Esceptúese el caso en que de la revocacion intempestiva del precario resultase grande perjuicio al que lo recibió: obstara entónces la escepcion *doli mali;* pues que no puede negarse que la concesion de precario sea de suyo un beneficio: véase como se distingue el comodato del precario por lo que dicen la Glos., Alber. y los Doct. en el cit. §. 3. de la l. 17. D. *commod.*, y Abb. en el cit. cap. 1.

(40) ¿Y si te presté un caballo para hacer un viage á Paris, y lo tuviste en casa el tiempo bastante para ir y volver de dicho punto? Entónces podré recobrar la cosa antes que hicieres de ella el uso para él cual te la presté, arg. l. 73. D. *de verb. oblig.*, y es opinion de Alber. conforme con la de Jacob. de Raven. en la cit. l. 17. §. 3., donde decide lo mismo en el supuesto que un caso fortuito impidiere el uso; y añade que si el comodatario no puede usar de la cosa podrá al momento demandársela el comodante, v. Bart. en el lug. cit.—* Si se fijó tiempo y se determinó uso, y este queda terminado antes de haberse cumplido el primero, es evidente que podrá el comodante instar la devolucion de la cosa. Parece que podrá pedirla tambien, antes de haber finido el uso, si sobrevienen circunstancias que se la hagan absolutamente indispensable; pues que no puede presumirse consintiera en salir notablemente perjudicado del beneficio que otorgaba; v. Pothier, sobre el comodato y el precario, cap. 1. secc. 2. art. 1.

(41) Concuerda con la l. últ. C. *de commod.*, y con la l. 27. D. *de pignor. act.*, cuya especie es notable, y v. allí Bart.: la razon está, segun Alber. siguiendo á Jacob. Butric. en la l. últ., en que la cosa se entregó al comodatario sin constituirle ningun derecho en ella, l. 8. D. *commod.*, y con esto se desvanecen los argumentos que podrian sacarse de la l. 1. C. *etiam ob chuirogr. pecun.*, y de otras leyes. Pero si se tiene dinero en comodato como cosa no fungible, ¿podrá retenerse por razon de deuda? V. la Glos. en la cit. l. últ. C. donde Salic., Bald. y Ang. distinguen en esta materia: sobre la retension en general véanse los mismos y Bart. en la l. últ. C. *in quib. caus. pign. vel hipot.* y en la l. 26. §. 4. D. *de condict. indeb.*, y Bald. novel. trat. *de dote*, fol. 42. col. 1 y 2.

gela auia prestada, le ouiesse a dar alguna debda, o otra cosa; fueras ende, si la debda fuesse por pro, o por razon de aquella cosa mesma, que rescibio prestada. E aun estonce ha menester, que sea fecha despues que gela prestaron (42), e non ante. Ca estonce bien la puede tener, fasta que sea entregado de la despensa que fizo en la cosa prestada; seyendo la espensa atal, que con derecho (43) la puede demandar. E la pena que deuen auer aquellos que non tornaren la cosa prestada, es esta; que la deuen dar con las costas, e las missiones, que fizo en demandandola, a aquel que la presto. E demas, si la cosa se perdiesse, o se muriesse, o se menoscabasse, despues que el pleyto fuesse començado por demanda, e por respuesta, seria el peligro

(42) Adopta y declara la opinion de la Glos. en la cit. l. últ. C. *de commod.*, he aquí pues un caso en que tiene lugar el derecho de retencion, esto es, por los gastos hechos en la cosa objeto del comodato: la que no procede tratándose de depósito, segun la l. últ. del tít. sig. Tiene lugar además el derecho de retencion en los casos siguientes: 1°. en las cosas hereditarias puede egercerlo el que es acreedor por razon de los funerales ó de la última enfermedad del difunto, l. 4. C. *de petit. hœred.* y allí Bald.: 2°. el poseedor, aunque sea de mala fe, podrá retener la heredad hasta que se le satisfagan los gastos del cultivo, l. 36. D. *de petit. hœred.*, l. 51. D. *famil. ercisc.*, y l. 42. tít. 28. Partid. 3: 3°. Si el tutor dió en prenda, sin la autorizacion del magistrado, alguna cosa del pupilo, el acreedor usará de retencion contra la accion de nulidad, si el dinero que entregó fué invertido en provecho del mismo pupilo, l. 7. §. 5. D. *de reb. eor. qui sub tutel.* y la Glos. en la l. 2. C. *de curator. furios.*: de la misma suerte obstará al menor la retencion cuando vindique lo vendido ilegalmente, siempre que no restituya la parte de precio que se invirtió en provecho suyo, l. 14 y 16. C. *de prœdiis. minor.*: 4°. la muger puede retener lo que era de propiedad del marido mientras no se le pague la dote, l. 25. princ. D. *soluto matrim.* y allí Bart., y véanse particularmente sobre esta materia Ang. Aret. en el trat. *maleficior.* en la parte *et ejus bona publicamus*, Bald. en la l. 10. C. *qui potior. in pign.*, y la Nov. 53. cap. 2; lo que solo procede mientras el heredero no haya tomado posesion de los bienes hereditarios, l. 9. C. *soluto matrim.*, Dec. consil. 400. col. 2; sobre la retencion del buey que entra en la heredad agena y causa daño en ella, véase Bart. en la l. 9. §. últ. D. *de damn. infect.*: 5°. el procurador, por razon de los gastos, tiene derecho de retener los documentos y demás papeles del pleito, l. 25. D. *de procurat.* y allí Bart.: 6°. lo tiene igualmente el dueño de la heredad sobre los frutos que se hallan en ella, cogidos por el colono, al efecto de que este le satisfaga el arriendo, segun Bald. en la l. 7. D. *in quib. caus. pig. vel hipot.*, y en la l. 3. C. *de locat.*: 7°. vendida la heredad, el colono al cual el comprador despide usará de retencion por los gastos del cultivo, l. 12. D. *de vi et vi armat.* y Bald. en la l. 9. C. *de locat.*, y en la l. 10, C. *unde vi*: 8°. tiene tambien lugar la retencion en el caso de la l. 8. D. *de incend. ruin. naufr.*: 9°. el pupilo, si celebra contrato bilateral, adquiere accion contra su contrayente sin quedar él obligado, l. 5. §. 1. D. *de auctor. tutor.* y Bart. en la l. 9 princ. D. del cit. tít.; sin embargo si el pupilo reconviene al que contrató con él, este podrá usar de retencion mientras el primero no cumpla por su parte, Bart. en el cit. §. 1: 10°. el vasallo que vende el feudo ignorando su derecho, aunque no lo pierda y deba serle restituido por el comprador, sin embargo este lo retendrá mientras aquel no le indemnice, Bald. en el §. 2. *si de feud. fuer. controv. inter domin. et agn.*: véase otro caso en que se apela al derecho de retencion segun la Glos. y allí Paul. de Castr. en la l. 16. D. *ad leg. Falcid.* El derecho de retencion pasa al sucesor singular, segun la l. 1. D. *quib. mod. pignus vel hipotec. solvitur*, y la l. 3. D. *de distract. pignor.* y Bart. en la l. 6. §. 4. D. *de aqua pluv arcesc.*, y lo prueba la l. 3. C. *quod met. caus.* y allí Bald., Socin., consil. 158. col. 9. vol. 2. Y si bien el derecho de retencion que proviene del de hipoteca abraza los frutos de la cosa, l. 3. C. *in quib. caus. pign. vel hipot. tacit.*, sin embargo el que se funda en gastos hechos en la cosa no se estiende á los frutos separados ya de la misma; en una palabra, semejante retencion se limita á la cosa que ha sido objeto del gasto, l. 71. D. *de usufructu* y la cit. l. 26. §. 4. D. *de condict. indeb.*; respecto de los frutos cogidos, v. Bald. novel. *de dote*, fol. 4. col. 1.

(43) V. l. 7. de este tít.

(44) Aunque la cosa hubiese debido perecer hallándose en poder del comodante, l. 47. §. último *de legat.* 1., Nov. 88 y Azon en la suma C. *de commod.*: y esta es la comun opinion tratándose de deuda que proviene de contrato, segun Bart. y otros en la l. 5. D. *de reb. credit.* y en la l. 82. §. 1. D. *de verb. oblig.* Obsta al parecer vivamente á esta opinion la l. 14. §. 1. D. *depos.*; sin que sea suficiente la respuesta de la Glos., á saber que esta ley se entiende del caso en que el deudor tuviese justo motivo de litigar por razon de impensas: en efecto, fuera de que esto es adivinar el testo y no interpretarlo es de atender que el depositario no tiene derecho de retencion por razon de las impensas sobre la cosa depositada, segun la l. últ., tít. 1. de esta Part. y la Nov. 88;

(44) de aquellos que la recibiessen prestada.

TITULO III.

DE LOS CONDESSIJOS, A QUE DIZEN EN LATIN DEPOSITUM.

Depositum en latin, tanto quiere dezir en romance, como condessijo. Onde, pues que en los Titulos ante deste fablamos de los emprestidos, de que reciben gracia, e ayuda, aquellos que lo toman de otro; queremos aqui dezir de los condessijos, en que fazen plazer, e amor, los que los tienen en guarda, a los otros de quien los resciben. E mostraremos, que cosa es condessijo, a que dizen en latin *depositum*. E onde tomo este nome, e quantas maneras son del: e que cosas son aquellas que vn ome puede encomendar a otro, e qual las puede comendar, e a quien: e a quien las puede demandar, e quando: e a quien deuen ser tornadas, e en que maneras: e que pena meresce, quien lo non quiere tornar.

LEY 1. *Que cosa es condessijo, a que dizen en latin* depositum, *e onde tomo este nome, e quantas maneras son del.*

Condessijo, a que llaman en latin *depositum*, es quando vn ome da a otro (1) su cosa en guarda, fiandose en el. E tomo este nome, de (a) peño; que quiere tanto dezir, como poner de mano en guarda de otro, lo que quiere condessar (2). E son tres maneras de condessijo. La primera es, quando alguno, sin otra cuyta (3) que le acaezca, da a otro en guarda sus cosas. La segunda es, quando alguno lo ha de fazer en tiempo de cuyta; esto seria, como si se quemasse, o se cayesse la casa, a alguno, en que tuuiesse alguna cosa, o se quebrantasse la naue en que lo lleuasse, o acaesciendo alguna destas cuytas, diesse en guarda a otro, a aquella sazon, alguna de aquellas cosas que tuuiesse y, por estorcerlas de aquel peligro. La tercera es, quando algunos omes contienden en razon de alguna cosa, e la meten en mano de fiel (4), encomendandogela, fasta que la contienda sea librada por juyzio.

(a) *de* et *pono*, Acad.

de ahí es que Paul. de Castr. en la cit. l. 47. *de legat. 1.* distingue de otra manera que Bart. y los Doct., á saber, que ó consta que la cosa no hubiese perecido en manos del comodante porque la hubiera vendido, ó bien no trataba de venderla, y entónces habia de perecer hallándose en su poder; en el primer caso, dice, no responderá de ella el comodatario, pero sí en el segundo, á tenor de la l. 14. §. 1. D. *depos.*: en caso de duda, añade, la presuncion obra contra el moroso, y de consiguiente se le hace responsable como si la cosa no hubiese debido perecer en manos del comodante, l. 47. D. *de legat. 1:* y con esta distincion respecto de la accion personal, dice el propio escritor, que pueden conciliarse muchas leyes: con él conviene Dec. en la cit. l. 15. D. *de reb. credit.*, y Jas. en el mismo lugar y en la l. 82. *de verb. oblig.*: esta opinion tal vez será la mas conforme al rigor del derecho, si bien es mas general la que indiqué al principio. Tratándose de accion real decídase la cuestion á tenor de la l. 15. §. últ. D. *de reivindicat.* y segun Bart. y los Doct. en la cit. l. 15. *de reb. credit.* En el foro interno es indudablemente admisible la opinion de Paul. de Castr., segun Petr. de Anchar., *rep. reg. peccatum de regul. jur. in 6.* fol. 3. col. 2. vers. *in quæstione autem supradicta*, y véase tambien sobre esta materia la l. 30. D. *de pignor. act.*, junto con la Glos. y el mismo Paul. de Cast. en la l. 31. §. últ. D. *de petit. hæred.*

(1) Así que, para que haya depósito es menester que se reciba algo con promesa de guardarlo, no bastando que la cosa se deje en la casa de alguno: media entre estos dos autos notable diferencia, l. 9. §. ult. D. *de jur. dot.*, y segun Juan Andr. siguiendo á Lambert. de Rampon. en las adic. al *Specul.* en la rubr. *de depos.* donde pueden verse otras dos cuestiones notables sobre la materia.—* Requiérese tambien que la custodia sea el objeto principal y no el secundario; así es que el procurador está tenido á guardar los caudales que cobre, no en virtud de depósito, sino en fuerza del mandato aunque espresamente su principal le hubiese encargado la custodia de dichos caudales, l. 1. §. 13. D. *depos.*

(2) *Condessar* es una palabra española antigua que equivale á entregar algo para que se guarde.

(3) Sobre la diferencia entre el depósito motivado por alguna calamidad, y el que no tiene semejante causa, véase la l. 1. D. *depos.* y la l. 8. de este tít. de las Partidas.

(4) Sobre esta materia v. l. 6. y l. 17. §. 1. D. *depos.* y la l. 39. D. *de adquir. poss.*—* Este depósito es conocido con el nombre de secuestro convencional, para diferenciarlo del que ordena el juez, el cual toma el calificativo de judicial: de esta segunda especie de secuestro se trata en el tít. 9 de la Partida 3ª.

LEY 2. *Que cosas se pueden dar en condessijo.*

En guarda, e en condessijo pueden ser dadas las cosas, de qual manera quier que sean. Mas, propriamente, vsan a dar mas en condessijo las cosas muebles, que las otras. Otrosi dezimos, que estonce toma ome en condessijo las cosas, quando non recibe precio, nin gualardon, por guardarlas. Ca si lo recibiesse, o prometiesse de gelo dar, estonce non seria condessijo, mas seria loguero (5), pues algo señalado toma por la guarda. E porende este atal mas tenudo (6) seria de guardar aquello que assi recibiesse en encomienda, que non de otra guisa. E aun dezimos, que el señorio, e la tenencia (7) de la cosa que es dada en guarda, e non passa a aquel que la recibe; fueras ende (8), si fuesse de aquellas que se pueden contar, o pesar, o medir, si cuando la recibiesse, le fuesse dada por cuento, o por peso, o por medida, ca estonce passaria el señorio a el. Pero seria tenudo de dar aquella cosa, o otro tanto, e atal como aquello que recibio, al que gelo dio en guarda.

LEY 3. *Quien puede dar las cosas en condessijo, e a quien.*

En guarda, e en condessijo puede ome dar (9) las cosas que tuuiere en su poder, a todo ome (10), quier sea Clerigo (11), o lego, o Religioso (12),

(5) V. *Instit.* §. 1. *de locat.* el §. últ. *de mandato* y el §. 2. *quib. mod. re contrah. oblig.*

(6) V. l. 1. §. 9. D. *depos.* y el cap. 2. *de depos.*

(7) Añád. l. 17. §. 1. D. *depos.*

(8) Cuando el depósito consiste en esta especie de cosas [y se dan por cuento, peso ó medida, segun esta ley] se transfiere el dominio al depositario, l. 28. l. 25. §. 1. y l. 24. D. *depos.*; y entónces es responsable este del caso fortuito, l. 11. C. *si cert. petat.*, y añád. l. 5. tít. 15. lib. 3. del Fuero Real. Exceptúese el caso en que el depósito se entregue sellado ó cerrado, y que espresamente no se hubiese atribuido la facultad de usar de él, segun Azon, discurriendo sobre entrambos derechos, en la suma C. *depos.*, v. Bald. vol. 5. consil. 219. Sobre si es ó no lícito entregar dinero en depósito al usurero, véase á S. Tom. 2. 2. quæst. 78. art. ult., el cual concluye que si se entrega dinero al que no lo tuviere para dar á usura, ó bien con la mira que pudiese dar á logro mayores cantidades, será ilícito el depósito, y el deponente cómplice en la culpa; fuera de esto si se tuvo únicamente por mira la seguridad del dinero, no hay pecado, sino que se echa mano de un pecador para un fin recto: y quizá esa decision de S. Tomás deberá estenderse al supuesto que el dinero se entregara como cosa fungible, y esta parece ser su intencion.—* Debe advertirse que las leyes citadas al principio de esta glosa por Greg. Lop. no espresan que en el supuesto de darse simplemente en depósito cosas fungibles, pase el dominio al depositario; al contrario, se deduce de ellas y en particular de la l. 29. §. 1. del mismo tít. que para que se verifique semejante transmision, es indispensable que el deponente conceda el uso de la cosa depositada; y aun en este caso la transmision no siempre se efectuará desde luego, segun queda indicado n la nota 64. del tít. 1. de esta Part.

(9) Si el depósito se hizo de órden del juez ¿quedará libre de todo punto el depositario devolviéndolo en virtud de mandato del mismo, pero sin ser citada la parte á la que dicho depósito pertenece? Bald. en la l. últ. C. *de bon. auctor. judic. possid.* parece admisible esta decision cuando el juez tuvo justa causa para cambiar de depositario, y tambien cuando sin notoria injusticia ordenó entregar á alguno el depósito; de lo contrario no se libraba el depositario de responsabilidad sujetándose al decreto judicial sin apelar, segun lo anotado por el mismo Bald. en la l. 19. C. *de furt.*, col. pen. y últ. y el contenido de la l. 63. §. 1. D. *de evict.*

(10) Aunque fuese mujer, l. 26. D. *depos.*: por lo que mira al pupilo v. l. 1. §. 15. D. del cit. tít.

(11) V. cap. 1. *de depos.*: cuando el clérigo recibe depósito judicial en virtud de nombramiento de juez seglar podrá ser compelido por este á la restitucion; porque no se procede contra él propiamente por via de juicio, sino ejecutivamente en virtud del encargo que aceptó, segun Bald. en la l. 19. C. *de usur.* col. 2. y añád. l. 7. de este tít.

(12) ¿Cómo será posible que se obligue el relijioso no teniendo cosa alguna propia, segun el cap. *nolo*, 12. q. 1.? De otra parte por el hecho del relijioso no debe quedar obligado el monasterio, segun el cit. cap. 1. y el cap. *quod quibusdam, de fidejussor.*: contéstase con Inn. en el cap. *cum olim, de privileg.*, que podrá instituirse contra el relijioso la accion *reivindicativa* ó la de depósito ó la de hurto ú otras cualesquiera que competan: y si el Abad viere que el relijioso oculta ó deja perecer las cosas depositadas y pudiendo fácilmente evitarlo no lo hace, está tenido á causa del dolo solidariamente por la accion de depósito: si el relijioso hubiese incurrido en el delito de hurto ó robo de nada

o seglar, o libre, o sieruo (13). Pero aquel que recibio la cosa, tenudo (14) es de gela guardar bien e lealmente, de guisa que non se pierda, nin se empeore por su culpa (15), nin por su engaño. E por su culpa dezimos que se pierde la cosa, quando la non guardasse en aquella manera, que toda la mayor partida de los omes suelen guardar (16) sus cosas. Mas si la cosa se pierde por leue culpa (17) de aquel que la ouiesse en guarda, non seria tenudo de la pechar, fueras ende en tres casos. El primero es, si quando aquel que recibio la cosa, se obliga (18) a pecharla, maguer se pierda por tal culpa leue. El segundo caso es este, quando aquel que recibe el condessijo, el mesmo, non gelo rogando el otro, pide (19), e ruega, que gelo encomienden. El tercero caso es este, quando recibe precio (20) por guardar la cosa que le dan en condessijo. E en qualquier destas tres maneras sobredichas, si la cosa que assi fuesse dada en condessijo, se perdiesse, o se empeorasse por descuydamiento, o por mala guarda de aquel que la recibio, tenudo es de la pechar. E por leue culpa (21) dezimos que se pierde la cosa, quando aquel que la tiene, non pone toda aquella acucia, e femencia, que otro ome acucioso, e sabidor, deuia poner.

LEY 4. *Como el que tiene la cosa en condessijo, si se perdiere por ocasion, non es tenudo de la pechar, fueras ende en (b) cosas señaladas.*

Ocasion acaesce a las vegadas, en las cosas que ome tiene en guarda de otri, de manera que se han de menoscabar, o perder. E esto seria, quando se muriesse la cosa encomendada, de su muerte natural, o la matasse otro, sin su culpa de aquel que la tuuiesse en guarda, o si gela robassen, o gela furtassen (22). Ca en qualquier destos casos (23), o en otros semejantes dellos, non seria tenudo de la pechar, aquel que la tuuiesse en guarda, fueras ende por cuatro razones (24). La primera, si quando el que la recibe en guarda, se obliga a pecharla, si se perdiere en qualquier manera (25). La segunda es, quando aquel que recibe la cosa en condessijo, non

(*b*) casos señalados. Acad.

responde el Abad, pues no le obligan los delitos de sus subordinados: añad. l. 7. de este tít.

(13) Añád. l. 1. §. 18. y l. 21. D. *depos.* y Azon, en la suma, col. 2. vers. *datur.*

(14) Sobre el caso en que el depositario quisiese descargarse del depósito v. l. 5. §. 2. D. *depos.* y allí Paul. de Castr.

(15) Entiéndase la culpa lata, segun esta ley y la ley 32. D. *depos.* y la l. 1. C. del mismo tít.

(16) Véase lo que llevo dicho en el tít. 2. l. 3. nota 20.: y adviértase que esta ley, al dar la definicion de la culpa lata, parece conformarse con la de Juan de Bro. que adopta Bart. en la l. 32. D. *depos.* y concuerda con la l. 223. D. *de verb. signif.* y allí v. Bart. col. 5.

(17) En cuanto á lo que sea la culpa leve véase lo que llevo dicho arriba, tít. 2. l. 2. y lo anotado al fin de esta ley, y añád. l. 32. D. *depos.*

(18) Añad. l. 1. §. 6. D. *depos.*

(19) Añad. l. 1. §. 35. D. *depos.* y el cap. 2. *de depos.*: en este caso á mas de la leve responderá de la levísima, segun la l. 4. D. *de reb. credit.*; pero no del caso fortuito, segun Bart. en la l. 32. D. *depos.* col. 11. y Abb. en el cit. cap. 2. notab. 2. y está espreso en la l. 1. §. 35. D. tít. cit.

(20) Añád. l. 1. §. 9. D. *depos.* y el cit. cap. 2. del mismo tít.; y en este caso, segun la opinion comun se le hace responsable de la culpa leve, mas no de la levísima, segun Abb. en el cit. cap. 2. notab. 2. Sin embargo, la l. 3. tít. 15. lib. 3. del Fuero Real le hace responsable en semejante caso de la culpa levísima, y así lo sienta Montalvo: pero como de las leyes del Fuero solo tienen fuerza las que están en uso sígase en esta materia lo que llevo arriba sentado.

(21) Tenemos aquí la definicion de la culpa leve; de ella hablé en la l. 2. del tít. anter.

(22) Véase lo que llevo dicho en la l. 3. tít. 2. nota 20., y adviértase que de haberse asesinado á uno no se sigue que haya sido robado, segun la l. 1. C. *depos.* y allí Bald. Si alguno ha sido robado y lo prueba, no se seguirá que tal cosa fuese del número de las robadas, sino prueba que la llevaba consigo y que despues la echó de menos, *arg.* l. 9. C. *unde vi* y lo nota Salic. en la cit. l. 1.

(23) Sobre á quien incumbe probar que la pérdida de la cosa fuese ó no por caso fortuito v. Bart. en la l. 6. §. 8. D. *de edendo,* donde distingue sobre este punto: y añádase á esta ley, que el depositario no es responsable del caso fortuito, l. 1. C. *depos.*, escepto si hubiese precedido culpa suya, como si fué robado viajando por caminos estraviados, segun Salic. en la l. cit. y la l. 3. del tít. 1. de esta Part. junto con lo que allí llevo anotado, y lo que se espresa mas abajo en esta misma ley de Partidas.

(24) Añád. Glos., la que en la l. 1. §. 35. D. *depos.* y en l. 1. C. del propio tít. pone los mismos casos.

(25) Esto indica ser bastante que el depositario se obligue de un modo general á responder

la quiere tornar a su dueño, podiendolo fazer. Ca si despues que el gela demandare en juyzio, (c) o fuere el pleyto començado (26) por demanda, e por respuesta, se muriesse (27), o se perdiesse aquella cosa, tenudo es aquel que la recibio, de la pechar. La tercera es, si por su culpa (28) de aquel que tiene en condessijo, o por su engaño (29), acaescio la ocasion, por que se perdio; o se murio. La quarta es, quando la cosa es dada en guarda, principalmente por pro (30) de aquel que la recibe en deposito, e non por el que la da: en quanquier destos casos, maguer la cosa que es dada en condessijo, se pierda, o muera, o se empeore por ocasion, tenudo es aquel que la recibio en guarda, de la pechar a aquel que gela dio en condessijo, e en guarda, o a su heredero.

(c) et fuere. Acad.

LEY 5. *Quien puede demandar la cosa que es dada en condessijo, e quando: e a quien deue ser tornada, e en que manera.*

Tenudo es el que recibe la cosa en guarda, e sus herederos (31), de la tornar (32) a aquel que

de los casos fortuitos, sin que haya necesidad de individualizarlos: véase lo que dije arriba tít. 2. n. 24., y añád. la l. 1. §. 6. D. *depos.* y la Glos. en el cap. 2. *de deposito.*

(26) Dícese por via de ejemplo: lo mismo sería si estrajudicialmente se constituyese en mora, segun la Glos. en la ley 22. D. *de reb. cred.*; porque sea cual fuere el modo con que uno cae en mora, responde del caso fortuito, y queda probado arriba en la l. 3. tít. 2.—* No dejará de parecer algo arriesgada esta opinion si se atiende al contesto de la ley, y si en algo puede fundarse es sin duda en la l. 3. del tít. anterior, á tenor de la cual el comodatario que ha caido en mora por el transcurso del término prefijado, y continue usando de la cosa contra la voluntad del comodante, sale responsable del caso fortuito.

(27) Parece indicar que no se atienda á si la cosa hubiera perecido ó no en poder del deponente; y esta es la opinion de Azon en la *suma* C. *de depos.* col. 5.; véase lo que dige en la últ. del tít. 2.

(28) Añád. la l. 32. D. *depos.* y el cap. 2. *de depos.*

(29) Añád. la l. 1. §. 25. D. *depos.*; presúmese el dolo, si habiendo salvado el depositario sus cosas alega haber perdido el depósito, segun la l. 32. cit. y el cap. 2. *de depos.*; lo que uno hace en lo suyo se presume que pudo hacerlo en lo ageno, l. 13. §. 1. D. *de administr. tutor.*, y v. las l.l. 1. 2. y 4. tít. 15. lib. 3. del *Fuero de las Leyes*, y la l. 5. §. 4. D. *commod.* y allí la Glos. y Bart., y añádase lo que dice Bald. en la l. 6. C. *de pignor. act.* col. 5. vers. *sed juxta hoc quæritur*, á saber, sobre el caso en que el comodatario hubiese dejado en lugar seguro un buey que se le prestó, al paso que puso en lugar segurísimo el suyo propio, y que le fuese robado el primero. Pero si los efectos del depositario eran mas preciosos ó á lo menos iguales en valor, ¿responderá del caso fortuito si los salvó con preferencia al depósito? La Glos. en la cit. l. 5. §. 4. D. *commod.* está por la negativa; Abb. en el cit. cap. 2. opina lo mismo si el depositario no pudo salvarlo todo, aun cuando lo suyo que salvó, fuese de menos valor; porque antes debe mirarse para sí mismo que para el prójimo, cap. *si non licer.* 23. q. 5. y el cap. *non satis* 14. dist. 86.: por fin, dice, que en este punto no puede establecerse doctrina fija dependiendo del arbitrio del juez, quien atendidas las circunstancias decidirá si hubo ú no dolo: supóngase que salvó cosas de ínfimo precio al paso que abandonó las depositadas, siendo de gran valor: atendida la calidad de las personas y de las cosas, el juez arguirá el dolo, pues que en virtud de conjeturas se arguye, l. 6. C. *de dolo*: y quizá si la persona es pobre se presumirá que no tuvo dolo aunque hubiese salvado cosas suyas de valor insignificante, *arg.* l. 6. §. 5. D. *de offic. præsid.* El Prelado jamás debe anteponer su utilidad propia al interés de la Iglesia, segun el cap. *quicumque* 12. q. 4. y la Glos. en el cap. *placuit* el 1. 7. q. 1., y sobre de esto véase lo que respecto de los clérigos en jeneral dice Abb. en el cap. *tua nos* 1. al fin *jurejurando*, y lo anotado por la Glos. en el cap. *scias*, 7. q. 1. en la palabra *præferenda.*—* Véanse las disposiciones del Fuero Juzgo indicadas en la nota 17. del título anterior, las que son comunes al depósito y al comodato.

(30) Se aprueba aquí la opinion de Joan., que puede verse en la Glos. á la l. 1. §. 35. D. *depos.*: y nótese que siguiendo á Azon adoptaron comunmente los Doct. la opinion contraria en la l. 4. D. *de reb. credit.* y Juan. de Imol. en el cap. últ. col. antepen *de depos.* y en la l. 32. D. *depos.* col. antepen.

(31) Añád. l. l. 22., 9. y 7. §. 1. D. *depos.*, y la l. 12. D. *de oblig. et act.*, donde puede verse cuando la accion se da solidaria ó parcialmente contra los herederos.—* La cuestion no se limita á los herederos del depositario, sino que se estiende al caso en que son dos ó mas los depositarios: en este supuesto cada uno resultará obligado parcialmente, mientras no hubiesen espresa-

gela dio a guardar, o a los que heredassen (33) lo suyo, cada que gela demandassen (34). E maguer que le ouiesse a dar alguna cosa aquel que gela encomendasse, con todo esso non gela deue tener, el que recibio el condessijo, por razon de prenda, a que dizen en latin *Compensatio* (35), que quiere tanto dezir, como descontar vna debda por otra; ante deuele luego entregar della, e despues desto puedele demandar aquello que le le deuiere. Pero si aquella cosa que recibiesse alguno en guarda, era en contienda entre dos omes, o mas, o gela diessen amos en fieldad; estonce non seria tenudo (36) el que la assi recibiesse, de la dar a ninguno dellos, fasta que el pleyto, o la contienda que auian sobre ella, fuesse librado por juyzio, o fuessen auenidos (37). Ca estonce deuela tornar, segund el pleyto fue puesto quando la recibio, o segund ellos fuessen acordados, que se tornasse. E deue ser tornada la cosa que es dada en guarda, con los frutos (38)

do que lo hacian *in solidum;* así se dispone en general para toda suerte de obligaciones en la l. 10. tít. 1. lib.10 de la Nov. Recop.; sin embargo, si uno de los depositarios hubiese incurrido en dolo ó culpa respecto del todo de la cosa, será responsable por el total, *arg.* l.22. D.*depos.* Habiendo espresamente contraido obligacion solidaria, cada uno podrá ser reconvenido por el total, sin que importe que aquel que se reconviene no sea el que ha cometido el dolo ó la culpa, ó la mora que ha dado lugar á que la obligacion se perpetuase, l. pen. D. *de duobus reis.* Entre los herederos del depositario la obligacion se divide, pudiendo sin embargo ser reconveido *in solidum* aquel que tiene en su poder la cosa depositada, ó que por su dolo ó culpa ha imposibilitado la restitucion; y si dos ó mas coherederos han incurrido en dolo ó culpa respecto del total de la cosa cada uno quedará obligado *in solidum.* l. 9. 10. y 22. tít. cit. y *arg.* l. 3. §. 3. D. *commod.*

(32) Y debe devolverse en el mismo lugar en que se hizo el depósito, ó allí donde se encuentra mientras que la traslacion no sea efecto de la mala fe del depositario, l. 12. §. 1. D. *depos.*, donde puede verse como se limita esta regla, y v. la l. 5. §. 1. D. tít. cit.

(33) Esto es, á cada uno á proporcion de la parte que le quepa en la herencia, siempre que la cosa depositada fuere divisible, y solidariamente si indivisible: v. l. 1. §. 36. y 37. D. *depos.* y la especie de la l. 14. D. tít. cit. junto con la l. últ. C. del mismo.—* Cuando por ser indivisible la cosa depositada se entrega toda al heredero que la pide, debe este prestar caucion por lo que mira á la parte indivisa que no le pertenece; y no llenando este requisito no tiene derecho para exijir la entrega, y si tan solo la consignacion del depósito en lugar seguro, cual un banco público, l. 1. §. 36 cit.

(34) Si te entregase algo en depósito para que despues de tu muerte me lo devuelvan tus herederos, ó para que despues de la mia lo restituyas á los que me sucedieren, puedo mudar de voluntad y pedir la devolucion antes de mi muerte ó antes que tu fallezcas, segun la l. 1. §. 45. y 46. D.*depos.*, añad. cap. 2. *de depos.*

(35) Concuerda con la l. 11. C. *depos,* y con el cap. 2. *de depos.* Pero ¿si el depósito se hiciere sin mediar entrega material, esto es, por medio del pacto *de constituto?* Segun Baldo consil. 384. donde empieza *duo sunt videnda,* vol. 1. citado por Socin. consil. 145. col. pen. vol. 1., la citada l. 11. y de consiguiente esta ley de Part. no tendrán lugar en el depósito que consta por mera confesion, sin haber mediado la entrega material; lo que no carece de dificultad: parece opuesto á lo mismo lo anotado por el propio Bald. en la rubr. C. *depos.* vers. *quinto quæritur,* y lo que dice Bart. en la l. 24. D. del propio tít.; y la razon en que se funda Bald. es de las que alega la Glos. en la l.12. C. *qui potior. in pignor. hab.*, respecto de la dote confesada ó reconocida, cuya confesion si bien no produce el mismo efecto que la actual entrega en perjuicio de tercero, obra sin embargo de lleno en perjuicio del confesante; y de otra parte no veo razon para que el que se obliga á fuer de depositario no esté sujeto á las leyes especiales establecidas respecto del depósito, l. 1. §. 6. D. *depos.*

(36) ¿Pero si él espontaneamente quisiese devolver el depósito? V. l. 5. §. 2. D. *depos.*

(37) Si habiendo dos depositado una cosa, pactaron que no se devolveria al uno de ellos sin el otro, no hay duda que así deberá cumplirse: y en semejante caso cierto filósofo libertó á una esclava depositaria que habia devuelto el depósito á uno de los dos depositarios, segun lo refiere Azon en la *suma* C. *depos.*, y este filósofo fué Demóstenes segun dice Erasmo en el lib. *Apophthegmat.*—* Esta ley habla por via de ejemplo: regla general, el secuestro convencional debe devolverse viniendo el caso que fijaron los deponentes, y á la persona que directamente indicaron, ó de un modo indirecto, refiriéndose á ciertos acontecimientos; á no ser que posteriormente hubiesen acordado otra cosa, l. 6. C. *depos.*

(38) Añad. l. 1. §. 23. D. y l. l. 2. y 3. C. *depos.* junto con la l. 8. de este tít.

e las rentas, e las mejorias que saliessen della.

LEY 6. *Por quales razones non es tenudo aquel que tiene la cosa en condessijo, de tornarla al que la dio.*

Quatro razones son, que por qualquier dellas non es tenudo, aquel que recibio el condessijo, de lo tornar a aquel que gelo dio, nin á sus herederos. La primera es, quando la cosa que es dada en guarda, es espada, o cuchillo, o alguna de las otras armas, con que los omes vsan a ferir, o matar. Ca si acaesciesse, que aquel que la dio en guarda, se ensandeciesse despues (39) que gela dio, non gela deue tornar, demientra que le durare la locura: e esto, por guardar que non faga alguna enemiga con ella. La segunda, quando aquel que la dio en guarda, es desterrado por algun mal fecho que fizo, por que le mando el Rey tomar todo quanto ha: ca estonce, lo que ouiesse dado en guarda ante que aquel yerro conteciesse, todo deue ser del Rey, e non de sus herederos. La tercera razon es, quando algun ladron (40) da alguna cosa en guarda, de aquellas que ouo de furto; e quando la demanda, viene en vno (41) con el, aquel a quien la furto, e dize al que la tiene, que non gela de, ca el quiere prouar que suya es, e que gela furto: ca estonce, non gela deue tornar, fasta que sea prouado, si es verdad lo que este atal dize; e si esto non pudiere prouar, deuegela tornar a aquel que gela dio en guarda. La quarta es, quando algun ome da en guarda a otro, alguna cosa que ouiesse furtada a el mesmo: ca este que la tiene en guarda, desque conosciere que la cosa es suya (42), non es tenudo de gela tornar, si prouare que assi es.

LEY 7. *Como deue ser tornado el condessijo, que fue puesto en Eglesia, o en otro lugar religioso.*

En Eglesia, o en Monasterio, poniendo ome alguna cosa en guarda, con otorgamiento, e con mandado del Perlado, e del Cabildo dessa Eglesia; tenudos son de tornar aquella cosa, a aquel que gela dio en guarda, bien assi (43) como faria otro ome qualquier, que la touiesse en guarda. Esso mesmo seria, si quando diesse la cosa

(39) Es decir que por punto general el depositario devolverá al deponente los objetos depositados permaneciendo las cosas en el mismo estado, segun la Glos. en el cap. *nequis,* 22. q. 2, sobre la palabra *furens,* y sobre de esto véase Jason en la l. 8. D. *de condict. caus. dat.* col. pen. y últ.

(40) ¿Y si el deponente fuese un poseedor de buena fe? Parece que no se le antepondrá el dueño, arg. l. 1. §. 7. D. *nautæ, caupon. stabul.* Sin embargo, Azon en la *suma* C. de este tít. col 2. dice, que atendida la equidad debiera preferirse el dueño; y nótese esto particularmente por lo que mira á esta ley de Partidas.—* Nótese que la escepcion anterior carece de objeto, hallándose abolida la pena de confiscacion, art. 304. de la Constitucion del año 12.

(41) Concuerda con la l. 31. D. *depos.* de la cual se sacó esta ley de Partidas. ¿Pero si la costumbre estuviese en contrario, como respecto de los castillos que se entregan bajo pleito y homenage, los que deben devolverse al deponente aunque se presente el dueño en demanda de su derecho? Dígase que la costumbre debe guardarse, segun Oldrad. consil. 93. col. últ. vers. *ad id quod dicebatur.*

(42) No pudo contraerse depósito de cosa propia, l. 31. D. *depos.* y l. 16. D. *de contrah. empt.*

(43) Esto manifiesta que recibiendo la Iglesia algun depósito se obliga, aunque ningun lucro alcance; lo que se halla en oposicion con la doctrina de Inn. en el cap. 1. *de depos.,* quien dice que la Iglesia no resulta obligada á no ser que del depósito reporte alguna ganancia, *arg.* l. 3. §. 5. D. *de pecul.,* y con Inn. convienen Juan Andr. y Abb. col. últ. al fin; quien nota particularmente este parecer de Inn. y da por razon, que haciéndose entónces el depósito en provecho de entrambas partes la Iglesia se obliga; pero no si es en provecho de solo el deponente, pues que no ve razon entónces para que la Iglesia se obligue, mayormente debiendo tenerse cuidado que no se distraigan los inmuebles ni los muebles preciosos, en virtud de contrato, ya se celebre por el prelado, ya por el Cabildo, siempre que no tienda á la utilidad de la Iglesia, contra el cap. *sine exceptione* 12. q. 2. y el espíritu de la l. 12. C. *de transact.* Sin embargo Juan de Imol. en el mismo lugar col. 12. sienta, que la Iglesia se obliga, aunque se encargase gratuitamente del depósito, fundado en el mismo testo, y este parece el sentido de la ley de Partidas; y ni aun tendrá la Iglesia la restitucion por entero si cometiese dolo, l. 9. §. 2. D. *de minor.,* y esta es la opinion de Juan Andr. en el citado cap. 1. donde Imol. 4. notab. cita á Petr. y Florian. quienes dicen que la Iglesia, recibiendo algo en depósito, se obliga de la misma manera que cualquier particular, y es lo que nuestra ley establece. A las razones de Abb. puede contestarle que por

en guarda, estouiesse delante el Perlado (44), o el Cabildo, e se callassen, e non lo contradixessen, maguer non la dexasse con su mandado, nin con su otorgamiento. Mas si la dexasse en guarda de vno dellos tan solamente, non lo sabiendo los otros, estonce aquel solo (45) seria tenudo de lo tornar, e non el Perlado, nin el Cabildo. Fueras ende, si fuesse prouado, que aquella cosa fuera dada, o espendida, en pro de la Eglesia: ca estonce todos serian tenudos (46), de la pechar.

LEY 8. *Como deue ser tornado el condessijo, que ome faze en tiempo de cuyta, o en otra manera: e que pena deue auer el que lo negare, si le fuere prouado.*

Veyendose ome muy cuytado, de fuego que le quemasse la casa do touiesse sus bienes; o de auenidas de aguas que veniessen, que gelas leuaria; o si las touiesse en algund nauio, que estouiesse en ora, o en manera de peligrar; e por alguno destos embargos, o por algunos semejantes dellos (47), diesse alguna cosa, de aquellas que temia que se le perderian, en guarda a otro; si este atal que la rescibio, la negasse (48) quando gela demandasse, e despues de esto gelo prouasse el otro, deuegela pechar doblada: e por esso gela deue assi pechar, porque faze grand enemiga (49), en negar lo que le auian dado en guarda en tal sazon, que estaua cuytado en alguna de las maneras sobredichas, e non podria ser apercebido, de catar si era ome de recabdo, aquel a quien la daua en guarda, o non. Mas aquel que niega, que non rescibio los condessijos que son dados en alguna de las otras maneras de que fezimos emiente en la segunda ley deste Titulo, si le fuere prouado en juyzio, valdra menos porende, o sera enfamado (50); e deue tornar el condessijo, o la estimacion, con las costas (51), e los daños, e los menoscabos (52) que ouiere fecho el otro por esta razon. E quanto en los daños, e en los menoscabos, deue ser creydo por su jura (53), el que dio la cosa en guar-

el mero hecho de permitir los canones que la Iglesia se constituya depositaria, autorizan la enagenacion de los bienes de la misma para dar cumplimiento á la obligacion de depósito.

(44) Aprueba la opinion de la Glos. en el cit. cap. 1. *de deposito* en la palabra *personæ:* y Juan Andr. en el mismo lugar sienta que lo mismo seria si el depósito se hiciese en poder del tesorero de la Iglesia, siendo el encargado de recibir los depósitos; pero no si únicamente tuviese la custodia de los vasos sagrados: y véase en el mismo lugar á Imol. col. 12. quien trata la cuestion, á saber, si el encargado de los depósitos de la Iglesia recibiese otros, autorizado por la costumbre.

(45) Véase lo dicho arriba en la l. 3.

(46) Segun esta ley, el cap. *quod quibusdam, 5. de fidejussoribus,* la l. 7. C. *quod cum eo* y el cap. 1. *de deposito.*

(47) Disuelve esta ley la duda suscitada, por Juan Fab. en el §. 16. *Instit. de act.,* y se aprueba la opinion que contra Fabro sostuvieron Ang. y Jason.

(48) Requiérese que se niegue el depósito por el depositario para que caiga en la pena del duplo, segun esta ley y el §. 26 *Instit. de act.*

(49) La perfidia aumenta si se falta al depósito, al cual alguna calamidad dió lugar, y la utilidad general exige que se satisfaga la vindicta pública, l. 1. §. 1. D. *depos.*: y si el que niega un depósito simple se hace infame segun la l. 10. C. *depos.* la l. 1. vers. *qui furti, D. de his qui not. infam.* y segun esta ley de Partida, con mayoría de razon deberá caer en la misma pena, si el depósito es miserable, ó lo que es igual, hecho en virtud de alguna de las causas necesarias indicadas.

(50) Concuerda con la l. 10. C. *depos.* y con la l. 1. vers. *qui furti* D. *de his qui not infam.*, y tiene lugar cuando se procede por la via ordinaria, así que hay sentencia que ha pasado en cosa juzgada; pero no si se procediese ejecutivamente por autorizarlo así la escritura de depósito, segun Bald. en la l· 11. C. *depos.* ¿Si un escribano resultara infamado por semejante causa, quedaría por lo mismo privado de actuar? V. Bart. en la l. 6. §. 1. D. *ad legem Juliam repetund.*, Bald. y Salic. en la cit. l. 10. C. *depos.* é Inn. en el cap. *qualiter et quando de 2 accusat.*; véase allí mismo, si el que ha sido condenado por una accion famosa que proviene de contrato debe ser privado de oficio, ó lo que es igual, si será válido lo actuado por él.

(51) V. l. 13. §. 3. C. *de judic.* y la Nov. 82. cap. 10. junto con lo allí anotado.

(52) V. l. 3. D. *de in lit. juran.*, l. pen. §. 1. D. *si quis in jus vocatus non ierit.*, l. 15. §. 7. D. *quod vi aut clam,* el cap. *conquæstus* 8. y el cap. *salubriter* 16. *de usur.*

(53) Añad. l. 3. D. *de in lit. juran.*, junto con la Glos.: fúndase esto en la dificultad de la prueba, l. últ. D. *de prætor. stipul.* pues el dolo unido á dicha dificultad de prueba es lo que parece da lugar al juramento estimatorio, l. 9. C. *un de vi*, l. 1. §. 41. D. *de vi et vi armat.*, l. 5. §. 4. y l. 9. D. *de in lit. juran.* y l. 1. §. 26. D. *depos.*

da. Pero el Juez los deue estimar, e templar (54), catando todavia, que ome es aquel que jura por ellos. Estos menoscabos dezimos que se deuen entender, por los daños que venieron, porque la cosa non fue tornada quando la pidio; mas non de lo que pudiera auer ganado (55) por ella. E los daños que le podrian venir por esta razon, seria, como si ouiesse a dar dineros, o otra cosa, a dia señalado, con penas, o con cotos, (*d*) o en otra manera semejante destas; e porque non le fue tornado el condessijo a la sazon que lo deuiera auer, cayo en aquellas penas, e en aquellos cotos. E si la cosa que es dada en condessijo, es de tal natura que de fruto de si, tenudo es de pechar demas desto, todos los frutos (56) que ouo della, despues que gela dio en guarda, e que pudiera auer (57), despues que la pidio el dueño della, o sus herederos.

LEY 9. *Como el condessijo que recibio el finado en su vida, deue ser tornado ante que las otras debdas, fueras ende en cosas señaladas.*

Dineros contados, o otra moneda de oro, o de plata, o alguna de las otras cosas, que se suelen, e pueden contar (58), o pesar, o medir, recibiendo alguno en guarda de otro; si se muriesse aquel que la recibio en guarda, ante que la tornasse, tal priuilegio han las cosas que son dadas en condessijo, que primeramente (59) deuen entregar, e pagar las cosas que fuessen encomendadas, que ninguno de los otros debdos que deuiesse el finado. Fueras ende, si ante que aquellas cosas ouiesse recebido en guarda, ouiesse fecho algund debdo, por que ouiesse obligado (60) señaladamente todos sus bienes, o parte dellos: ca estonce, ante pagaria el debdo que ouiesse, que aquello que assi ouiesse recebido en guarda. Esso mismo seria, si algund debdo fuesse fecho por razon de la sepultura (61) del finado; o si aquel que tiene la cosa en guarda, fuesse debdor de otro, por marauedis que le ouiesse prestado, para fazer (62) alguna cosa, o naue, o otra cosa semejante, que estaua en manera de se perder, si la non refiziesse: o si el finado deue alguna cosa a su muger, que le ouiesse dado por dote (63); o si ouiesse ante fecho (64) algund pleyto con el Rey (65), por que

(*d*) o quel andodiesen á logro ó en otra manera Acad.

(54) Añád. l. 4. §. últ. y l. 5. D. *de in lit. juran.*

(55) Síguese aquí la opinion de la Glos. en la cit. l. 3. D. *de in lit. juran.*, y tenemos con esto que en caso de no restitucion del dinero depositado no se habrá razon de lo que hubiera podido ganarle con él. Lo contrario parece establecerse en la l. 2. §. 8. D. *de eo quod certo loco.*, y esta es la opinion de Bart. en la citada l. 3., fundándose principalmente en la l. 1. C. *de sentent. quæ pro eo quod interest*: lo que procederá tal vez, resultando limitada esta ley, cuando el deponente fuese de aquellos que acostumbran emplear su dinero, y fuese así cierta ó muy probable la ganancia, segun los Doct. modernos en la citada l. 3.—* Véase la nota última del título 1°. de esta Partida.

(56) Añád. la l. 1. §. 23. D. *depos.*, y la l. 5. de este tít. ¿Pero si hubiese consumido los frutos y el valor de ellos hubiese bajado desde que los consumió? Véase á Bald. en la l. 2. C. *de fruct. et lit. expens.*, el cual establece que debe considerarse el tiempo en que fueron consumidos, y v. Bart. en la l. 7. §. 5. D. *solut. matrim.*

(57) V. l. 39. tít. 28. Part. 3. y lo que allí dije y la l. 2. C. *de fruct. et lit. expens.* junto con lo anotado por Bald. y los Doct., y la l. 22. C. *de rei vindicat.*

(58) Concrétase á esta especie de cosas, por que el dominio de ellas pasa al depositario, segun la l. 2. de este tít.; ahora, si existe la cosa depositada cuando el dominio de ella no pasó al depositario, el deponente es preferido sin distincion, l. 30. C. *de jure dot.* y allí Bald. 2. lect., l. 24. §. 2. D. *de reb. autor. judic. possid.* y esta ley al fin.

(59) Se concede este privilegio al depositario atendida la frecuencia del contrato y la necesidad de él, l. 7. §. últ. y l. 8. D. *depos.*

(60) Pues que el acreedor en hipoteca es preferido á todos los no hipotecarios aunque sean privilegiados, l. 9. C. *qui potior. in pignor. H.*; además, la hipoteca sigue siempre á la cosa misma, l. 10. D. *de pact.* ¿Pero si la hipoteca se hubiese constituido en fraude del quirografario, deponente ó depositario? Véase lo que dice Bald. en la rubr. C. *de revoc. his quæ in fraud. credit. alien.*, en el princ. vers. *item certum,* y la Glos. en la l. 1. §. 2. D. *de separat.*

(61) Añád. l. pen. D. *de sumpt. fun.* y l. 30. tít. 13. de esta Part., junto con lo allí anotado.

(62) Añád. l. 5. D. *qui potior. in pign.* y l. 28. tít. 13 de esta Part.

(63) Añad. la últ. C. *qui potior. in pign.* y l. 33. tít. 13 de esta Part.

(64) Lo mismo si fuese posterior, mientras no se hubiese hecho en fraude del deponente, l. 9. C. *qui potior. in pign.* y la Glos. en la l. 34. D. *de reb. auct. jud. possid.*

(65) Añád. l. pen. §. 1. y l. 32. *de reb. auct.*

fuessen sus bienes obligados, o por malfetrias (66) que ouiesse ante fecho (67), por que ouiesse algo de pechar: ca estonce, tales debdas como estas se deuen ante pagar, que el condessijo que fuesse assi dado. Mas las otras cosas que fuessen dadas en condessijo, non por cuento, nin por peso, nin por medida, si fueren falladas (68) entre los bienes del finado, e si le fuere aueriguado que le fueron dadas en guarda, ellas deuen ser entregadas en todas guisas a sus dueños, o a sus herederos, ante que se paguen las otras debdas, de qual manera quier que sean.

LEY 10. *Que las despensas que fueren fechas por razon del condessijo, deuen ser tornadas a aquel que las fizo.*

Despensas faziendo, aquel que touiesse alguna cosa en guarda de otri, por pro della, como quier que las deue cobrar, con todo esso non deuen retener (69), como en razon de prenda por ellas, aquella cosa que le fue dada en guarda; mas deuela dar aquel cuya es, quando gela demande. Otrosi dezimos, que es tenudo (70) el otro de darle aquellas despensas que fizo en esta razon. Otrosi dezimos, que si algund ome diesse a otro algund sieruo en guarda, sabiendo que era ladron, e non le apercibiesse dello, e este siervo furtasse alguna cosa a su guardador, que tenudo es el señor de pechar aquello que fartase. Mas si el que lo dio en guarda non lo sopiesse (71), estonce, en su escogencia es de pechar el furto, o de desamparar el sieruo, por emienda del furto que de esta manera le fizo.

jud. possid., l. 2. y 3. C. de *privileg. fisci.*, y l. 2. C. *in quib. caus. pign. tacit. contrah.*

(66) Parece indicarse aquí que el fisco tiene hipoteca tácita en los bienes del delincuente, hasta en perjuicio de los acreedores, aunque se tratara de depósito, lo que quiso la Glos. en la l. única C. *pœn. fiscal. creditor. præfer.*; sin embargo, la Glos. en la l. 46. §. 3. D. *de jure fisci* sostiene lo contrario, así como en la l. 10. princ. D. *de pact.* Adviértase que esta ley no prueba que el fisco tenga por razon de delito hipoteca tácita, y sí solo que le corresponde privilegio personal al efecto de ser preferido á los acreedores con los cuales el delincuente contrató; y en este sentido concuerda esta ley con la l. 37. D. *de juri fisci*, y así lo sientan Cyn. y Alber. en el mismo lugar, y el último además en la l. 9. C. *de bon. proscriptor.*, y el mismo Alber. en la cit. l. 37. *de jure fisci*: sobre si el fisco tiene ó no tácita hipoteca por razon del delito v. Bart. en la l. 15. D. *de donat.* y en la l. 46. §. 3. D. *de jure fisci*, Alber. en la l. C. *de privileg. fisc.* y Alex. en la cit. l. 10 *de pact.*: la opinion mas comun es que el fisco no tiene hipoteca mientras no estuviese comenzado el juicio criminal; y segun Bart. en la cit. l. 15. *de donat.*, y Alex. en la cit. l. 10. *de pact.*, al cual puede verse, la hipoteca no comienza hasta la época de la sentencia. Esta hipoteca no escluye á los acreedores del delincuente, cuyo derecho proviniese de otra causa que de delito del mismo, segun la l. 1. C. *pœn fiscal. creditor. prefer.*, y sí solo competerá la accion hipotecaria al fisco contra el deudor que posea y contra un tercero poseedor, que no fuese acreedor, segun Bald., Aug. y Alex. en la cit. l. 10. *de pact.* Dígase pues que esta ley debe entenderse no del caso en que el fisco pide la pena del delito, porque entónces le son preferidos sin distincion todos los acreedores; sino de aquel en que acciona á consecuencia del daño ó maleficio que ha recaido sobre las cosas fiscales: pues en este caso el fisco será preferido al depositario; aun mas, puede afirmarse, que el fisco tiene tácitamente hipotecados todos los bienes del delincuente, porque estos bienes son tácitamente obligados al fisco, segun Azon en el princ. de la suma C. *de privileg. fisci*, y esta es tambien la opinion de Bald. en la cit. l. 10. *de pact.* lect. antigua, segun refiere allí Alex.: si el fisco acciona por el daño que se ha causado á sus intereses consigue al momento la hipoteca tácita sin que se requiera esperar sentencia; pues que entónces no se dirige á alcanzar la pena pecuniaria; y de otra parte seria de mejor condicion el que delinquiera en perjuicio del fisco, que el que contratara con él, lo que no puede suponerse segun el citado autor, y bastante parece probarlo esta ley.

(67) Lo mismo seria si el delito fuese posterior el contrato, con tal que tuviese por objeto los intereses del fisco: sobre el caso en que recaiga en cosa de algun particular, véase la l. 13. tít. 14. de esta Part.

(68) Añád. l. 24. §. 2. D. *de reb. auctor. jud. possid.*

(69) Aprueba esta ley la opinion de Imol. que puede verse en la Glos. á la l. 11. C. *depos.*, si bien los Doct. generalmente siguen la contraria, que es la de Placent. Téngase presente que segun esta ley no compete el derecho de retencion por las impensas hechas en la cosa depositada.

(70) Dase en este caso la accion *depositi contraria*, l. 23. D. *depos.* Y adviértase que viene en ella la culpa levísima, l. 61. §. 5. D. *de furt.* y allí Bart.

(71) Añád. l. 31. D. *de pignor. act.*: aprueba esta ley de Partidas la opinion de Placent., que

TITULO IV.

DE LAS DONACIONES.

Dar es vna manera de gracia, e de amor, que vsan los omes entre si, que es mas cumplida, e mejor, que las que diximos en el Titulo ante deste. Ca el que empresta, o da lo suyo en condessijo, fazelo con (a) entencion de cobrar todo lo suyo; mas el que da, (b) quitalo de si del todo. Onde, pues que en los Titulos de suso fablamos de los prestidos, e de los condessijos, que fazen los omes vnos a otros, por fazerles amor e ayuda; queremos aqui decir de las donaciones, que se fazen (c) por gracias, o por bondad de aquel que lo da, o por merescimiento de aquel que lo rescibe. E primeramente diremos, que cosa es donacion. E quien la puede fazer. E a quien. E de quales cosas. E en que manera. E despues diremos, por quales razones se desata la donacion, despues que es dada. E de todo lo al, que a esta razon pertenesca.

LEY 1. *Que cosa es donacion, e quien la puede fazer, e a quien, e de que cosas.*

Donacion (1) es bien fecho que nasce de nobleza, de bondad (2) de corazon, quando es fecha sin ninguna premia (3). E todo ome libre (4) que es mayor de veynte e cinco años (5), puede dar lo suyo, o parte dello, a quien se quisiere, maguer non lo conosca (6); solamente que non sea aquel a quien lo da, de aquellos a quien defienden (7) las leyes deste nuestro libro, que

(a) condicion de cobar fol. 2. Esc. 2.
(b) quítase de todo ello Acad.
(c) por grandez ó por bondad del aquel que da et por merescimiento del que Acad. — por grant honra ó por bondad Esc. 2. — por gracia ó por bondat Esc. 1.

puede verse en Azon, suma C. *depos.* al fin: sin embargo la Glos. en la cit. l. 61. *de furt.*, el mismo Azon en el lugar arriba citado y la generalidad de los Doct. en la l. 18. §. 3. D. *commod.*, establecen sin distincion que el deponente está obligado á indemnizar tanto si ignoraba como si sabia el vicio del esclavo, sin que se libre entregándolo en *noxa*: porque no es justo que al depositario le resulte daño del beneficio que ha hecho, l. 61. cit. §. 2. Atiéndase á esta ley, la que decide contra la Glos. y la opinion comun, adoptando la de Placent.—* Esta ley es terminante en este punto, si bien no guarda analogía con otras disposiciones sobre reparacion de perjuicios causados por vicio de la cosa, que se entrega en virtud de contrato: en efecto, la l. 14. tít. 8. de esta misma part. establece, respecto del contrato de locacion, que si alguno entrega toneles ú otros vasos y por algun vicio ó defecto de los mismos se echaran á perder los líquidos para cuyo envase se alquilaron, será responsable del daño, aunque ignorara el estado de dichos útiles; ahora bien, si no escusa la ignorancia en un contrato que se celebra por el interes de entrambas partes, mucho menos debiera escusar al que recibiéndosele alguna cosa suya para guardársela, se le hizo un beneficio, sin exigirle retribucion. Los compiladores de las Partidas desconocieron en este lugar el verdadero uso del derecho de dar en *noxa*, error que les hizo separar de los verdaderos principios en punto al esclavo: esto mismo, junto con la l. 14. cit. puede inducirnos á creer, que tratándose de vicio de otra cosa que no fuera esclavo, quisieron que pudiese exigirse la indemnizacion completa, aunque hubiese habido buena fe de parte del deponente.

(1) Concuerda con la l. 1. D. *de donat.*

(2) Aquel es llamado propiamente generoso y liberal que da sin atender á retribucion, segun esta ley y la l. 1. cit. y allí Juan de Imol.

(3) Cuando alguna causa nos precisa á dar no hay donacion propiamente tal, l. 18. D. *de adim. legat.*

(4) Ni el siervo ni el religioso pueden hacer donacion alguna, cap. *non dicatis*, 12. q. 1., aunque al siervo se le conceda la libre administracion del peculio, l. 28. §. últ. D. *de pact.*; sobre el hijo de familias v. l. 7. D. *de donat.* y la l. 3. de este tít.—* Añádase que la muger casada no puede hacer donacion alguna sin licencia de su marido, pues que sin esta licencia no puede contratar, ni apartarse de contrato celebrado, ni hacer remision de deuda, l. 11. tít. 1. lib. 10. de la Nov. Rec. (55. de Toro).

(5) El menor de edad ni aun con la autorizacion judicial podrá hacer donacion alguna, l. últ. vers. *cum autem* C. *si maj. fact. alien. fact. sine decret. rat. hab.*—* Semejante autorizacion podrá legitimar la donacion á título de dote, al efecto de casar alguna de las hermanas del pupilo, l. 18. tít. 16. Part. 6.: fuera de este caso, ni el tutor ó curador, ni el magistrado pueden autorizar la disminucion del patrimonio del huérfano por un acto de mera liberalidad: la naturaleza de tales actos no permite que dependan de resolucion agena, pues que reciben la fuerza del hecho de anteponer uno sus afecciones á sí mismo.

(6) L. 29. C. *de donat.*

(7) Como si la donacion se hiciese por el marido á la muger [de las cuales se trata en las l. l. 4. 5. y 6. tít. 11. Part. 4.], ó por el padre al hijo que tiene bajo su poder, ó por el militar á su

lo non puedan tomar. Pero, si el que faze la donacion es loco, o desmemoriado, o desgastador de sus bienes, de manera que le es defendido del Judgador del logar que non vse dellos, non valdria la donacion que ninguno destos fiziesse; como quier que valdria, la que ellos fiziessen.

LEY 2. *Quales omes no pueden fazer donacion.*

Sabido seyendo, que algund ome se trabajasse de muerte del Rey, o de lision de su cuerpo, (*d*) o departimiento de su Reyno, o de alguna partida del, non puede fazer donacion de lo suyo, nin de alguna partida dello, desde el dia (8) que se mouio (*e*) a fazer, e consejar esta enemiga; e si la fiziere, non vale (9). Otro tal dezimos que seria, de los que se trabajassen de muerte, o de lision, de aquellos que el Rey ouiesse escogido señaladamente por sus (*f*) consejeros (10) escogidos, e honrrados. E aun dezimos, que si algund ome es judgado por Hereje, por juyzio de Santa Eglesia, la donacion que fiziesse despues (11), non valdria en ninguna manera. Mas si alguno fuesse acusado de otro yerro, maguer fuesse atal, que seyendo prouado, debe morir (12) por ello, o ser desterrado por siempre; dezimos, que la donacion que fiziesse, (*g*) fasta el dia que diessen la sentencia (13) contra el, que valdria (14), como quier que si fuesse fecha

(*d*) ó de perdimiento de su regno Acad.
(*e*) á facer ó á consejar esta nemiga; Acad.
(*f*) consejeros honrados. Acad.
(*g*) desde el dia que fuese acusado fasta el dia que diesen la sentencia Acad.

concubina.—* Hay otras personas que tambien adolecen en todo ó en parte de incapacidad relativa. Los hijos de clérigos son incapaces para recibir donacion de sus padres clérigos y de los parientes de parte de padre, l. 4. tít. 20. lib. 10. de la Nov. Recop. La madre no puede dar mas del quinto de sus bienes á los hijos bastardos ó ilegítimos, si tiene descendientes legítimos l. 5. tít. cit.: si no los tiene, podrá hacer donacion á los ilegítimos, de la misma manera que á cualquier otra persona, arg. l. cit. Si son de punible ayuntamiento no puede darles mas del quinto, l. cit. El hijo ilegítimo es por punto general incapaz para recibir donacion alguna de su padre; sin embargo, si dicho hijo necesita de alimentos, puede el padre hacerle donacion que no esceda del quinto, l. 6. tít. cit. Son tambien nulas las donaciones de tercio ó quinto, hechas á hija ó nieta por causa de casamiento, l. 6. tít. 3. lib. 10. de la Nov. Recop. Por fin se declaran nulas las que se hicieren en fraude del pago de contribuciones, á favor de personas esentas, ó haciendo de dos pecherías una, l.l. 3. 4. y 5. tít. 7. lib. 10.: pero hoy dia esta disposicion es inútil, porque de una parte todos los Españoles deben contribuir con proporcion de sus haberes á los gastos del estado; y de otra, con los cambios en el ramo de contribuciones ha desaparecido el sistema de pecherías.

(8) Añád. la l. 5. y la l. últ. C. *ad leg. jul. majest.* y la l. 4. tít. 2. Part. 7.—* Téngase presente que la pena de confiscacion está abolida.

(9) Añád. l. l. cit. y l. 31. §. últ. D. *de donat.*; y entiéndase lo mismo en los demás casos y delitos que traen consigo la confiscacion *ipso jure* desde el momento en que se cometen, l. 14. D. *de publican.*, *cap. cum secundum 19. de hæreticis*, lib. 6. la auth. *incestas* C. *de incest. nupt.*, y lo anotado en la l. 34. D. *de jure fisci.*

(10) Véase lo que dije en la l. 1. tít. 16. Partida 2.

(11) Añád. l. 4. al fin tít. 26. Part. 7. véase lo que dije en ella.

(12) Añádase *y que deban confiscarse los bienes*, segun lo anotado por Bart. y los Doct. en la l. 15. D. *de donat.*

(13) Adopta la opinion de la Glos., de Din. y Bart. en la cit. l. 15., y reprueba la de Odofr. que Bart. refiere allí en el principio de la lectura, opinion que segun Ang. en la l. 9. C. *de bon. damnat.* en el princ. col. 2. seguian comunmente los abogados y asesores; á saber, que la donacion pende del éxito de la causa, de modo que sea válida, si la sentencia fuese absolutoria; y nula, si condenatoria: cuya opinion de Odofr. es reprobada aquí, segun se ve: hay tambien un caso espreso, segun Ang. en dicho lugar, en la cit. l. 9. C. *de bon. proscript.*

(14) Entiéndase de los delitos por los cuales el delincuente no queda privado de la administracion por la sola fuerza de la ley, lo que generalmente sucede, como en el caso de la l. 46. §. 6. D. *de jure fisci*: lo contrario no tendrá lugar cuando el delito es de aquellos que privan de la administracion desde el instante en que se cometen, l. 20. D. *de accusat.*, l. 15. D. *qui et à quibus*: á no ser que la enagenacion fuese necesaria, l. 41. D. *de solution.*, como para alimentos y gastos de defensa, de lo que trata estensamente Bart. en la cit. l. 15. D. *de donat.* col. 4. Adviértase que la enagenacion ó la donacion, para ser válida, requiere que no se haga en fraude del fisco por temor de la pena, l. 7. D. *de donat. caus. mort.*, l. 45. princ. D. *jure fisci*, l. 7. §. 2.

despues de la sentencia, non seria valedera. Otrosi dezimos, que si fuesse la donacion en antes (15) que ouiesse fecho el yerro, que maguer que le accusassen despues, e diessen juyzio contra el, que valdria la donacion.

LEY 3. *Quales fijos pueden fazer donacion, e quales non: e como deue valer la donacion, que el padre faze a su fijo.*

Fijo, o nieto, que estouiesse en poder de su padre, o de su abuelo, non puede fazer donacion, a menos de otorgamiento de aquel en cuyo poder esta. Fueras ende, si fuesse Cauallero que ouiesse fecho ganancias de su Caualleria, o otro qualquier que ouiesse ganado algo en algunas de las maneras que son llamadas en latin castrense, vel quasi castrense peculium: ca de lo que ouiesse ganado assi, bien podria fazer donacion, sin otorgamiento de aquel en cuyo poder estouiesse. Pero si el fijo o el nieto touiesse algund pegujar apartadamente, que le ouiesse dado el padre, o el auuelo, con que ganasse; maguer este pegujar atal fuesse de los bienes del padre, o del auuelo, bien podria dar dello el que lo touiesse, alguna cosa a su madre, o a su hermana, o a su sobrina, o a algunos de los otros sus parientes, o parientas, para casamiento; o para otra cosa, que el entendiesse que le era grand menester, que le fuesse guisada, e conuenible, e derecha. E esso mismo dezimos que seria, si le diesse en salario a algund su Maestro, que le mostrasse sciencia, o alguna arte, o menester; mas en otra manera non lo podria fazer. Mas si el padre diesse algo de lo suyo a alguno de los fijos, non valdria (16). Ca el fijo a quien lo diesse, si ouiesse otros hermanos, tenudo seria despues de muerte de su padre, de aduzirla, e meterla a particion (17) con ellos, o de resce-

D. *de bon. damnat.* y l. 3. princ. D. *de bon. eor. qui sibi mort. consciverunt;* y acerca de las circunstancias, que harian presumir fraudulenta la donacion, v. Bart. en la cit. l. 15. *de donat.* col. 2. 3. y 4. y Ang. en la cit. l. 9. C. *de bon. proscript.* col. 2. y Dec. cons. 235.

(15) Añád. l. 9. §. 1. C. *de bon. proscript.*, y esceptúese el caso en que la donacion se hubiese hecho en fraude del fisco (segun llevo dicho en la Glos. anterior), y v. Specul. y allí Juan Andr. en las adiciones tít. *de donat.* vers. *item pone aliquis intendens* y Bart. en la l. 17. §. 3. D. *de jurejur.*, col. pen.

(16) La donacion hecha por el padre á favor del hijo que tiene en su poder es nula, segun esta ley, y la l. 2. C. de. *inoffic. donat.* y la l. 25. C. *de donat. inter vir et uxor.*: esta es la regla general, que podrá limitarse como lo hace Bart. en la l. 38. al fin D. *de condict. indeb.*, y véase allí Jason en entrambas lecturas, fol. pen. y ult., col. pen. y últ. lect. 2. Pero por las leyes de nuestro reino vale la donacion hecha al hijo por el padre que lo tiene en su poder: y es irrevocable si se entrega la posesion, [ó la escritura delante de escribano, y tambien si el contrato se hubiese hecho por causa que es onerosa respecto de un tercero interesado, como por via de casamiento.] l. 17. de Toro [que es la l. 1. tít. 6. lib. 10 de la Nov. Recop.]; si no hubiese mediado entrega, será revocable, tanto si el hijo está bajo el poder de su padre como si fuese emancipado, segun la cit. l. 17. que podrá verse junto con la ley 26. Adviértase que la donacion sólo tiene efecto respecto de la tercera parte de los bienes del padre, en la cual puede mejorar al hijo, y á esa parte se concreta la citada ley 17.: por lo que mira á los restantes bienes, el derecho antiguo permanece subsistente, l. 32. C. *de donat.*—* En virtud de la l. 19. de Toro (l. 3. tít. 6. lib. 10. de la Nov. Recop.) la donacion simple, hecha por el padre, vale por todo el importe del tercio, quinto y legítima; el hijo se considera mejorado hasta el montante del tercio y quinto, lo restante se le imputa á la legítima, y si queda sobrante, respecto del mismo la donacion se revoca en calidad de inoficiosa, l. 26. de Toro (l. 10. tít. cit. de Recop.). Las donaciones con causa, se imputan primero á la legítima, y si algo sobra, en ello se entiende mejorado el hijo, esto es en cuanto quepa en el tercio y quinto.

(17) Tenemos aquí que el hijo de familias al concurrir con sus hermanos á la herencia del padre, lleva á colacion la donacion simple que este le hubiese hecho; lo que está en oposicion con la doctrina de Bart. y de otros Doct. en la auth. *ex testamento* C. *de collat.* y en la l. 1. §. 15. D. *de collat. bonor* col. 4.: así que, segun esta ley de Partidas ninguna diferencia media en esta parte entre el hijo emancipado y el que no lo es, debiendo entrambos llevar á colacion la donacion simple: sin embargo, entiéndase esto por lo que se espondrá en la Glos. siguiente.

(18) Lo mismo tenia lugar por derecho comun: en efecto la donacion simple hecha al hijo de familias se le imputa á la legítima, como lo advierte Bald. en la l. 1. §. 15. D. *de collat. bonor.* col. 4. y en la l. 91. D. *ad. leg. Falcid.* col. pen., fundado en la l. 24. C. *fam. ercisc.* segun la lectur. de Azon, y lo aprueba la l. 4. tít. 15., Part. 6., á tenor de la cual procede la colacion, si de otra suerte debiese resultar des-

birla en su parte (18), entregandose cada vno de los otros hermanos, de otro tanto como valiesse la donacion que le dio el padre. Fueras ende, si el padre fiziesse Cauallero (19) a su fijo, e le diesse cauallo, e armas, o le fiziesse aprender alguna sciencia (20), o le diesse libros en que la aprendiesse. Ca el donadio que fuesse fecho en alguna de las maneras sobredichas, valdria (21); e non seria tenudo de aduzirlo a particion entre los otros hermanos.

(h) á quien quieren facer la donacion Acad.

igualdad entre los hijos, segun que así tambien se espresa en la l. pen. C. *de colat.*; deberémos pues, por medio de esta l. limitar la que aquí se comenta; de otra suerte se hallarian en oposicion: nótese que Rodrigo Suarez en la repet. á la l. 32. C. *de inoff. testam.* fol. 90. col. 4. advierte la antinomia que ofrecen estas dos leyes de Partida, pero sin que dé solucion á ella. Empero por l. 26. de Toro el hijo se reputa mejorado por la donacion; así que, no debe llevarla á colacion, ni imputársele á su parte mientras no esceda al tercio y al quinto; y así debe entenderse la l. 29. del mismo Ordenamiento.—* No es cierto que por derecho comun la donacion simple, hecha por el padre, se imputara indistintamente á la legítima. Dejando aparte la l. 24. C. *fam. ercisc.*, ley oscurísima, acerca de cuya letra no están contestes los manuscritos, tenemos la l. 20. C. *de collat.*, en la que Justiniano dispone que la donacion simple no se lleve á colacion, escepto en un caso, á saber cuando á otro hijo se hubiese hecho una donacion con causa; y como al principio espresa que todo cuánto se imputa á la legítima viene á colacion; es de ahí que la donacion simple no se imputa á la legítima. Con esta l. de Justiniano se halla del todo conforme la l. 4. tít. 15. Part. 6. que Greg. Lopez advierte hallarse en oposicion con lo literal de las palabras de la que glosa aquí. De otra parte la razon por la que no se imputa la donacion simple es evidente: al hacerla el padre, quiso distinguir y premiar particularmente al hijo, puesto que no obró compelido por una causa, como la de matrimonio, ni otra parecida; ahora, la distincion desapareciera, contra la voluntad del padre, si la imputacion tuviese lugar. Por fin, cuando la donacion simple concurre con la que se hizo con causa á favor de otro se imputan las dos, porque hay motivo de dudar si el padre hubiera hecho tambien donacion simple al que se la hizo con causa, aunque esta no hubiese mediado. Las leyes de Toro, como se deja dicho en la nota 16, adoptaron igual distincion entre donaciones simples y con causa: véase en la misma nota el modo como unas y otras se llevan á colacion.

LEY 4. *En que manera puede ser fecha la donacion.*

Fazer se puede la donacion en quatro maneras. La primera, quando es fecha sin ninguna condicion. La segunda, quando aquel que la da, pone condicion en el donadio. La tercera, quando son presentes en algund logar, el que da, e el que rescibe la donacion. La quarta, quando aquel (h) que quiere fazer la donacion, es en otra tierra. Ca estonce non la puede fazer (22) si non

(19) Añád. l. 1. §. 5. D. *de collat. bonor.* y v. allí. Bart.

(20) Añád. l. 50. D. *famil. ercisc.*, Bart. en la l. 1. §. 15. D. *de collat. bonor.* col. 4., y l. 5. tít. 15. Part. 6. junto con lo allí anotado.

(21) Por esta palabra *valdria* se ve claramente que si el padre envió á su hijo á alguna universidad ó estudio, y le entregó algunos libros con este objeto, se presumirá que le hizo donacion de los mismos; véase sobre esto á Baldo en la l. 18. C. *famil. ercisc.* vers. 3. *quœritur*: Ang. en la l. 12. *de collat.* sostiene la opinion contraria, fundado en que el acto del padre es necesario, como consecuencia de haber mandado el hijo al estudio; así que, infiere que semejantes libros en calidad de comunes se dividirán entre todos los hermanos: esta decision parece reprobada en esta ley; sin embargo, tal vez ella deberia limitarse al caso en que fuese poco el valor de los libros, segun Baldo en la cit. l. 18. C. *famil. ercisc.*: véase lo que dije en la cit. l. 5. tít. 15. Part. 6.

(22) Añád. l. 10. D. *de donat.* y la l. 6. C. del mismo tít., donde una glós. notable, aprobada por la generalidad de los Doct., dice, que si habiendo oido alguno la espresion de la voluntad del donante, diese conocimiento de ella al donatario, sin haber recibido del primero encargo especial al efecto, no habrá donacion perfecta, aunque el segundo aceptare en virtud de dicho aviso, y así lo indica bastante esta ley. Sin embargo, Ludovico Romano sienta lo contrario, fundándose en algunos argumentos especiosos, cons. 295; dice allí, que aun cuando no intervenga mensagero alguno, ni se mande carta, basta para la validez de la donacion que el donante tenga conocimiento de ella y la acepte: hállanse las razones en que se funda resumidas por Phil. Corn. cons. 254. vol. 3. col. 1. y dice al fin que en la práctica no debemos separarnos de la opinion comun: y Paul. de Castr. en la l. 134. §. 2. D. *de verb. oblig.*, dice muy acertadamente, que aun cuando en un documento se dijera, F. hizo donacion á F., si no se añade *hallándose presente y aceptando,* no se presumira que estuvo presente, pudiendo la donacion ha-

por carta, o por mensajero cierto, en que le embie a dezir señaladamente lo que le da. E quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel

cerse entre ausentes; y si de otra suerte no constase su aceptacion, será ineficaz la donacion: para que esta sea perfecta, se requiere, lo mismo que en los demás contratos, el consentimiento del donante y del donatario, l. 1. D. *de contrah. empt.* y l. 2. D. *de oblig. et act.* No obsta el cap. *si tibi absenti 17. de præbendis,* lib. 6., porque halla en materia de beneficios, segun Juan Fab. en la cit. l. 6. C. *de donat.*, y Archid., en el mismo cap. *si tibi absenti*, y esta parece ser la opinion de la Glos. en el mismo lugar: en el caso de que trata habia quien aceptó en nombre del ausente y recibió la investidura. Hoy empero, á tenor de la l. 3. tít. 8. lib. 3. del Ordenamiento, la que establece que pueda hacerse la donacion entre ausentes, ¿será válida hecha á favor del ausente? Es algo difícil resolver esta cuestion, la que á menudo se suscita en el foro. Mi opinion ha sido que la ley citada no quita un punto de lo que llevamos dicho. Fúndome en la doctrina de Bart. á la l. 19. C. *de Sacros. Eccles.*, donde sobre la donacion hecha á los pobres dice, que si consta que se quiso celebrar el contrato de donacion, no vale esta, si ninguno estuviese presente, en lo que conviene la Glos.; pero si se dudase si quiso ó no celebrar dicho contrato, tendrá fuerza el acto en calidad de voto ó policitacion, resultando de ahí una obligacion personal, l. 2. princ. D. *de policitat.* y todo el cap. *de voto et voti redempt.*: en una palabra, el que quiere el contrato de donacion, no entiende obligarse mientras no se llenen las formas legales del mismo, así que debe cesar en este punto la citada ley del Ordenamiento. Esta tambien parece ser la opinion Bart. en la cit. l. 2. D. *de policitat.*, siguiendo á la Glos., allí donde establece que la disposicion de la l. últ. C. *de Sacros. Eccles.* no procede en el caso de voto ó policitacion, y qué aquella ley, hablando de contratos en casos especiales, en que se transfiere el dominio sin necesidad de tradicion, no procede en los que se celebran mediante el consentimiento de entrambas partes, y de consiguiente que dicha ley procederá, en el caso de donacion, cuando interviene el consentimiento de la Iglesia, á favor de la cual la donacion se hace. Además, la intencion de la citada ley del Ordenamiento no fué derogar la forma que el derecho ha dado á los contratos que se perfeccionan por el consentimiento, la que se halla indicada en la l. 2. D. *de oblig. et act.* y en la l. 1. D. *de contrah. empt.*, de otra suerte se seguiria el absurdo de ser válida la venta hecha á favor del ausente que ignoró el acto: lo único que quiso esta ley fué quitar la forma antigua de la estipulacion, declarando nacida la obligacion, sea cual fuese el modo con que se hubiese manifestado quererse obligar; pero no quiso destruir de todo punto la forma legal de los contratos consensuales. Sin embargo, si de las palabras de la donacion se infiere que el donante se quiso obligar, ya sea porque prometió no revocar la donacion, ya porque corroborase la promesa con juramento, se obligará personalmente, en virtud de dicha ley, á favor del ausente; pero no se transferirá el dominio al donatario mientras su aceptacion no exista: viene en apoyo de lo dicho lo que sienta Decio, consil. 226. col. últ., y véase lo que dije en la l. 1. tít. 11. de esta Part. n. 3. Adviértase tambien, que si el escribano estipulase y aceptase la donacion en nombre del ausente, no podrá el donante revocarla, segun Bald. en la l. 7. C. *de jure dot.*, Franc. de Aret. consil. 74. col. 4., Guido Papa, decision 49. y Ludovico, Gozadi, consil. 87. n. 14. Adviértase que si bien esta ley requiere para que pueda decirse la donacion perfecta, que el donatario esté presente, ó que, en caso de ausencia, se le mande un menságero ó se le espida una carta; parece que debe entenderse esto en cuanto al contrato y á la donacion, bajo el supuesto que sin ello no mediaran las circunstancias indispensables. Ahora bien, si sabedor por otro medio el donatario de la donacion que se le habia hecho, y perseverando el donante en la misma intencion (lo que se presume mientras no conste lo contrario) aceptase la donacion, ó tomare posesion de la cosa objeto de la misma, se le transferirá el dominio: esta es la opinion de Bald. en la cit. l. 6. C. *de donat.*, y en este caso tal vez procediera lo asentado por Ludov. Roman. en el cit. consil., pues que así parece exigirlo en alto grado la equidad; y á esto es análogo lo que dije en la l. 10. tít. 1. Part. 4. sobre las palabras *ni consienten.* Empero, si antes de la aceptacion del donatario se revocase la donacion por el donante, será esta ninguna, como lo prueba la l. 2. §. 6. D. *de donat.*, y la afirman Bart. y Paul. de Castr. en la cit. l. 10. D. *de donat.*, donde Paul. contesta al cit. cap. *si tibi absenti.*; é igual es la opinion de Decio en la l. 23. D. *de reg. jur.* col. 5. ¿Y si el donante no hubiere revocado la donacion, pero hubiese fallecido, podrá el donatario aceptarla? Andr. de Iser. en el §. *donare, qualiter hodie feud. alien. possit.* col 5. está por la negativa, fundado en la l. 24. D. *rem ratam haberi:* ahora, muerto el donatário, sus herederos no pueden válidamente aceptar en perjuicio de los del donante, quienes adquirieron el dominio antes de la ratificacion, *arg.* l. 9. §. 1. D. *de jur. dot.*, y

a quien la fazen, tenudo es (23) de complirla aquel que la faze, o sus herederos (24). Pero esto se deue entender desta guisa: que si aquel que la donacion ha de complir, fuesse tan rico, que aya, de lo que le fincare, tanto de lo suyo (25) que pueda bien beuir, de guisa que non aya que demandar lo ageno; estonce es tenudo en todas guisas, de la dar complidamente. Mas si por auentura non le fincasse (26) de que pudiesse biuir, si lo compliesse, estonce non seria tenudo de complir la donacion.

LEY 5. *En que manera vale la donacion, que es fecha so condicion.*

So condicion faziendo algund donadio vn ome a otro, como si dixesse el que lo faze: Dote tal campo, o tal heredad, si tu padre te sacare de su poder; si la condicion se compliesse, vale el donadio, e si fallesce, non vale. Pero si acaesciesse, que el padre se muriesse ante que el fijo sacare de su poder, como quier que la condicion non se complio en la manera que cuydo el que fizo la donacion, vale el donadio: porque la condicion se cumple por la muerte del padre, e sale ende el fijo de su poder. Ca en este caso, e en todos los otros semejantes del, en que sea puesta condicion, en qual manera quier (27) que se cumpla la voluntad del que la puso, vale el donadio sobre que fuera puesta.

LEY 6. *En que manera vale el donadio, que faze vn ome a otro con alguna postura.*

Por cierta cosa, e por señaladas razones se mueuen los omes a las vegadas, a fazer donaciones a otros; que si por ellas non se mouiessen, por aventura non farian las donaciones. E esto seria, como si vn ome diesse a otro marauedis, o alguna eredad, diziendo señaladamente, quando se faze la donacion, que lo da, porque este el otro todavia guisado de cauallo, e armas, para fazerle seruicio; o si lo diesse a algund menestral, o a otro ome qualquier, e dixesse abiertamente, que gelo daua por alguna lauor, o seruicio que le fiziesse. E porende dezimos, que si aquel que rescibiere la donacion en la manera sobredicha, cumple la (*i*) conuenencia, o la postura, o faze aquello por que gelo dieron, vale el donadio en todas guisas. E si non lo cumple,

(*i*) la condicion. Fol. 2.

porque la ratificacion no cabe en perjuicio de tercero al cual el derecho se le ha transferido, aunque provenga la causa del mismo deudor, como lo nota el *Specul.* en el título *de oblig. et solut.* §. 1. vers. *pone obligasti*, y lo trae Paul. de Castr. consil. 195. vol. 2. en la 2. duda, donde empieza *visis his quæ narrantur:* si el donante muere antes de la aceptacion del donatario, puede considerarse como sí hubiese cambiado de intencion; así que las cosas ya no son íntegras cuando sobreviene el consentimiento del segundo, arg. l. 9. cit. *de jure dot.* y segun Juan de Imol. en la l. 2. §. 5. D. *de donat.* Sin embargo, en beneficio de la dote no puede retirarse el consentimiento; así que, falleciendo el que la prometió, no se reputa haber cambiado la voluntad, segun lo declara Bart. en la l. 9. cit. *de jure dot.* é Imol. en el lugar arriba dicho.—* En efecto, parece muy probable que la ley del Ordenamiento no tiene mayor estension que la que le da aquí Gregorio Lopez; véase la nota 3 del tít. 11 de esta Partida, donde tratamos esta cuestion.

(23) Concuerda con la l. 35. C. *de donat.* y con el §. 2. *Instit.* del mismo tit.

(24) Por ahí se ve que la donacion tiene el carácter de derecho no personalísimo, puesto que pasa á los herederos, v. l. 35. cit. §. últ. y allí Bald.

(25) La donacion se entiende deducidas las deudas, l. 19. §. últ. D. *de re judicat.*

(26) Añád. l. 19. §. últ. cit., el §. 36. *Instit. de action.* y Bald. *de not. feudor.* cap. 1.—* Por la l. 69 de Toro (l. 2. tít. 7. lib. 10 de la Nov. Recop.) se dispone que ninguno puedo hacer donacion de todos sus bienes, aunque la haga solo de los presentes. No cabe duda que aun cuando en la escritura se hubiese renunciado la disposicion de dicha ley, la donacion no tendrá efecto: Gomez da por razon que ley es prohibitiva; pero dejando aparte esa distincion entre leyes permisivas y prohibitivas, la que es de difícil uso no pocas veces, diremos que al declararse por una ley la nulidad de un contrato, ó es porque perjudica á las costumbres, ó al órden público, ó al derecho de tercero, ó porque no se reputa bastante fundado el consentimiento de entrambas partes ó de una de ellas; ahora, sea lo uno, sea lo otro, es visible que respecto de la indicada renuncia tendrán lugar las mismas consideraciones en que la ley se fundó para declarar la utilidad del acto principal.

(27) De aquí resulta que cuando se trata del cumplimiento de la condicion en los contratos basta que se verifique lo equivalente á lo prescrito, segun esta ley y la l. últ. C. *de donat. quæ sub modo:* v. Bart. en la l. 29. §. 5. D. *de liber. et postum.* col. 2. y 3., Bald. en la l. C. *de Sacros. Eccles.*, col. 9. y en la rúbr. C. *de exercit.* col. 3., Jason en la l. 104. D. *de verb. oblig.* y Alex. consil. 137. col. 3. vol. 2.

o non lo faze bien, puede apremiarle, que cumpla lo que prometio de fazer, o que desampare (28) la donacion que le fizo. Otrosi dezimos, que dando vn ome a otro viña, o huerta, o eredad, o otra cosa qualquier, en esta manera; diziendo señaladamente, quando faze aquella donacion, que daua aquella cosa, porque de los frutos que saliessen della, diessen cosa cierta a algunos omes para gouierno, o para sacar catiuos (29), o para otra razon semejante destas; si aquel que rescibe assi el donadio, cumple aquello por que gelo dieron, vale la donacion; e si non lo cumple, bien lo puede reuocar (30). E qualquier donacion de las que son dichas en esta ley, dizen en latin *sub modo*; que quier tanto dezir en romance, como donadio fecho so (*j*) otra manera.

LEY 7. *De la donacion que es fecha a dia cierto, e a tiempo señalado.*

Fasta dia cierto (31), o a tiempo señalado, puede ser fecha la donacion; esto seria, como si dixesse el que la faze a otro alguno: Dote tal heredad, o tal cosa, que la labres, e que la esquilmes, e te aproueches della, fasta tal dia, o tal tiempo: e de aquel tiempo en adelante, que la desampares, e que finque a mis herederos; o a otro ome alguno, qualquier que nombrasse ciertamente, a quien fincasse. E porende dezimos, que la donacion que assi fue fecha, valdria fasta aquel dia, o aquel tiempo que señalasse el que la fizo. E de aquel dia en adelante ganarian la possession (32), e el señorio (33) della, sus

(*j*) cierta manera. Acad.

(28) Cuando se hizo donacion con causa final puede el donante elegir entre pedir el cumplimiento de la condicion impuesta ó *modo*, segun esta ley y la l. 9. C. *de donat.* y la l. 3. C. *de contrah. empt.*, ó instituir la condicion *ob causam* al efecto de recuperar lo que dió, en virtud de esta ley y de la l. 1. C. *de donat. quæ sub modo*, donde pueden verse la Glos. y Salic.: pero si instituye esta última accion ¿podrá el donatario purgar la mora? Cin. Alber. y Salic. sostienen allí la afirmativa bajo el supuesto que concurran las tres circunstancias siguientes: á saber, que no se hubiese contestado el pleito, que no haya transcurrido mucho tiempo, y que no se causa perjuicio al derecho ó á los intereses del donante. Nótese que en beneficio de la Iglesia el *modo* con que se hiciere la donacion no se reputa causa final en caso de duda, segun el cap. *verum* 4, *de condit. appos.* y allí Abb., y segun Bald en la l. 8. C. *de condict. ob caus. dator.* col. 2.: y sobre el legatario que no cumple con el *modo* puesto en el legado, v. l. 11. D. *de condict. caus. dat.*, l. 6. §. 2. D. *de aur. et argent. legat.* y Bart. en la l. 40. §. 5. D. *de condit. et demonstr.*—* Greg. Lopez en este lugar toma por cosas distintas el modo y la causa final, al paso que son una misma cosa en el derecho: en efecto, se dice que hay el modo, cuando el que dona, promete ó lega indica un fin que se propone; esto es, marca un objeto que el donatario ó legatario deberá llenar, como la ereccion de un monumento, la prestacion de alimentos ú otro de esta naturaleza, l. 17. §. 1. D. de *cond. et demonst.* Tal vez bajo la palabra modo entendió la causa impulsiva, la que viene con el simple nombre de causa, y tiene efectos muy distintos de la final; véanse las notas á la l. 17. tít. 11. de esta Part.

(29) Nótese este ejemplo, pues que la l. 1. C. *de donat. quæ sub modo*, se limita á lo que se diere por via de alimentos.

(30) En este caso se da tambien la accion *reivindicativa util*, á semejanza de lo que establece la l. 1. cit. á favor de los alimentos, ó de las causas piadosas.

(31) Añad. l. l. 2. y 3. C. *de donat. quæ sub modo.*

(32) ¿Qué dirémos en el supuesto de un legado á cierto tiempo, pasado el cual debe trasmitirse á otra persona? Parece que tendrá lugar disposicion igual por ser el legado una especie de donacion, *Instit. princ. de legat.*, y la l. 36. *de legat.* 2., y añádase á esta ley de Partidas la ley 45. de Toro. Pero ¿qué dirémos si á tenor del documento de fundacion de un mayorazgo no puede el nuevo sucesor adquirir la posesion de los bienes del mismo, sin que preste previamente el juramento de no enagenarlos ú otro parecido? ¿procederá entónces la disposicion de esta ley y de la de Toro? Será preciso mirar si las palabras del fundador se dirigen á la adquisicion ó bien á los efectos de ella: pues que si dijo que la posesion no se adquiriese, parece en este caso que tomándola un tercero antes del indicado juramento, impedirá que la adquiera el nuevo sucesor al mayorazgo, aunque despues lo prestase, *arg.* l. 68. princ. y §. 1. D. *de legat.* 1. y allí Bart. y Paulo de Castr. En caso de duda quizá deberá presumirse que las palabras se refieren á los efectos, esto es, que se pusieron con la mira de impedir la posesion real y el goce mientras el juramento no se haya penetrado; pero no con la intencion de impedir la posesion legal, de que hablan esta ley y la de Toro; toda vez que ella tiene por objeto la conservacion de los bienes del mayorazgo, á lo que precisamente se dirigia el que usó de tales palabras en el acto de la fundacion del mismo. Con todo si

constase claramente que tambien quiso prohibir esta adquisicion, la disposicion tendrá efecto, impidiendo que se transfieran la posesion y el dominio; á tenor de lo anotado por Paul. de Castr. en la l. 55. D. *de legat.* 1., donde dice que el testador puede impedir la traslacion del dominio de la cosa legada. Pero si es la Iglesia la que está en posesion de la cosa que se pretende pertenecer al mayorazgo, ¿seán aplicables esta ley y la de Toro? Cuestion interesante es esta, y que tal vez deberá resolverse por la afirmativa, dado que el vínculo ó gravámen impuesto por la ley á los biénes de mayorazgo, sea anterior á la posesion de la Iglesia; segun la Glosa en el cap. *Ecclesia Sanctæ-Mariæ* 10. *de constit.* y lo anotado por Bart. en la l. últ. D. *ut in posses. legator. esse lic.* Y adviértase que cuantas escepciones pueden oponerse á la demanda de propiedad de un mayorazgo obrarán contra la de posesion, Bart. en la l. 1. §. 2. D. *quod vi aut clam.* y Abb. en el cap. *item cum quis de restit. spol.* Pero aquellas que exigen larga instruccion deberán tal vez reservarse para el juicio de propiedad, segun la l. últ. C. *de edict. Divi Adrian. toll.*, á lo menos cuando el mayorazgo se hubiese dispuesto en testamento, l. 11. D. *de bonor. poss. contr. tabul.* vers. *sed non jure script.*, v. Bald. en la rubr. *de causa posses. et propiet.*, y en la l. 1. C. *de appell.*, en la rubr. *de consuet.*, y en el cap. *item cum quis, de restitut. spol.* y Alex. en la ley 23. princ. D. *de adquir. posses.*: y segun Baldo en este lugar debe citarse al que posee corporalmente; sobre lo cual v. Alex. consil. 82 y 83. vol. 2. y consil. 40. vol. 3., cuyos pareceres son notables en esta materia. Y adviértase, que una vez hubiese acudido al juez el sucesor al mayorazgo, ya no podrá tomarse la posesion por su propia autoridad, segun Bald. en la l. 1. C. *de execut. rei judic.* y latamente en la l. 5. §. 10 D. *de nov. oper. nuntiat.* y en la l. 2. C. *de servit.*, y Jasson en el tratado *de jure emphit.*: esceptúese el caso en que hubiese acudido al juez solicitando meramente su ministerio ó ausilio para la ocupacion, l. 6. C. *quod cum eo* y allí los Doct. Se pregunta tambien si basta la posesion legal para fundar el interdicto *recuperandæ*; v. Bald. en la auth. *defuncto.* C. *ad tertul.* y Alex. consil. 37. vol. 1. col. pen. Además, á semejante poseedor le compete el interdicto *ne vis fiat ei*; v. Salic. en la l. 3. C. *de condict. ob caus.*

Otra cuestion se ofrece: el que ha adquirido la indicada posesion legal pero no la corporal trasmite su derecho á otro, diciendo constituirse poseedor en nombre del mismo, ora proceda de donacion la cosa que trata de trasmitir, bien sea perteneciente á mayorazgo, que se vende con el permiso correspondiente: se pregunta si dicha posesion legal se traspasará al comprador por medio de semejante acto: Bald. dice que no en la cit. rúbr. *de causa possess. et propiet.* fundado en que no pueden reunirse dos ficciones. Pero ¿si el que adquirió la posesion legal muere antes de obtenerla real y efectiva, la trasmitirá tal como la tiene al nuevo sucesor? siguiendo el principio de Bald. deberíamos decir que no; pero si atendemos á que la posesion que la ley atribuye al nuevo sucesor no es individualmente la misma que la que se dió al antecesor suyo, tendrémos inaplicable aquel principio, pues que no se verifica transmision. Y si antes de la muerte del último poseedor se ocupó la posesion por un tercero ¿podrá adquirirla el nuevo sucesor? Parece que no; porque cuando la posesion se halla realmente ocupada, no es posible que por medio de ficciones se transfiera á otro sin el consentimiento del que en realidad la obtiene (puesto que por medio de actos corporales se transfiriese legalmente). Así se arguye de la l. 32. §. 1. junto con la l. 3 §. 10. D. *de adquir. possess.*; de ahí es que ni por medio de palabras, ni señalando la cosa, se transfiere la posesion cuando un tercero la obtiene, segun los Doct. en el cap. 2. *de consuet.* y Alex. en el citado consil. 83. col. 1. Sin embargo, la l. 45 de Toro decide espresamente lo contrario con aquellas palabras: *Aunque otro la aya ante tomada en vida del tenedor:* Y si aquel á quien esta posesion legal se ha transferido, sospecha que se le repelerá, ¿dirémos que ha perdido la posesion? Parece que sí, porque deja de existir cuando no se cree en ella, l. 6. §. 1. D. *de adquir. possess.* Ahora, si muerto el poseedor del mayorazgo, entra en posesion de los bienes del mismo el que no es inmediato sucesor, y de otra parte el heredero de los bienes libres del difunto quiere alcanzar la posesion de los bienes del mayorazgo por el interdicto de la l. últ. C. *de edict. Div Adrian. toll.*, ó bien intenta contra el invasor el remedio de la l. 11. C. *unde vi*, ¿será escuchado? Es indudable que no, tanto atendida esta ley de Partidas como la de Toro: porque el que tiene la posesion legal y de consiguiente puede instituir la accion resultante de la misma, no es otro que el sucesor al mayorazgo: y parece deberá decirse lo mismo por derecho comun, toda vez que siendo en nuestro caso la posesion un accesorio del dominio, debe aquella cesar cuando este no existe: teoría notable de Bald. en la l. 10. C. *de legat.* col. 1. Supóngase que el poseedor del mayorazgo hizo algunas impensas por razon de las cuales el derecho le concede la retencion, ¿podrá usar de ella á pesar de la disposicion de esta ley y de la de Toro? Parece que sí, segun lo anotado por Abb. en el cap. *de multa, de præbend.* col. 4. y lo que dice Bart. en la l. 5. D. *de impens. in res dot. fact.* y en la l. 2. D. *de apell. recip.* Pregúntase además si esta posesion se transferirá al infante? A primera vista parece que no, segun al

herederos del que ouiesse fecha la donacion, o el otro (34) a quien nombrasse para auerla. E

l. 1. §. *si infanti* D. *de adquir. possess.*, pero creo mas probable lo contrario, atendiendo á lo anotado por Paul. de Castr. en la l. 3. D. *de adquir. possess.*, sobre los modos simbólicos de trasmitir la posesion. Sobre si esta posesion se trasmite al póstumo, véase lo dicho en la l. 3. tít. 23. Partida 4. — * Los efectos de la posesion legal de que aquí se trata, ó son nulos ó han de ser subversivos de los principios mas fundamentales de la jurisprudencia. Son tres los casos que pueden ocurrir al vencimiento del plazo, á saber: 1°. que el donatario entregue al momento la cosa á los herederos del donante: 2°. que estos de su propia autoridad se apoderen de ella: 3°. que acudan al juez para que les dé la posesion de hecho. En el primer supuesto la posesion legal no era necesaria, por lo mismo que se ha alcanzado la posesion mediante la aprehension natural de la cosa. En el segundo caso, ó encuentran oposicion los herederos del donante, ó no; si no la encuentran tenemos lo mismo que en el anterior; si hallan oposicion, es claro que no estarán autorizados para vencerla con la fuerza, sino que deberán acudir al juez, y de consiguiente entramos ya en el tercer supuesto. Entónces, esto es, cuando se acude al magistrado, atribuirá este la posesion legal cuando se hayan hecho constar lejítimamente los hechos en los cuales semejante derecho estriba; á saber, el acto de la donacion y la identidad de la cosa; y si se acciona contra un tercero poseedor, debe probarse tambien que la cosa pertenecia al donante: además, si ese tercero poseedor alega prescripcion, ó que el donante le transmitió sus derechos, ú otra escepcion parecida, será menester dar lugar á que la pruebe. Una vez instruida la causa sobre tales hechos, no tiene la posesion objeto, porque puede fallarse sobre el punto de la propiedad. Si se dice que la instruccion será sumaria ó sumarísima, se ataca entónces á la propiedad, cuya base es el derecho de posesion actual ó de hecho; y en efecto, la mejor presuncion del dominio está á favor del que realmente posee la cosa, mientras que en un juicio instruido con todas las formas que se han reconocido convenientes para decidir una cuestion de tanta trascendencia, no se haya hecho constar lo contrario; así que, se atentara á la seguridad de todos los propietarios el dia en que mediante una instruccion sumaria ó sumarísima fuese privado un poseedor, del precioso derecho de no tener que probar. La jurisprudencia romana siguió con admirable constancia y escrupulosidad tan sagrados principios: si alguna vez daba lugar á una especie de posesion legal ó preventiva, era eso cuando actor y reo alegaban, sino un mismo título, á lo menos un mismo causante ó autor de su derecho, como en el caso de disputarse dos la sucesion de una misma persona: entónces, si alguno de ellos se hallaba instituido en un testamento que no presentara vicio ó defecto notable, alcanzaba la posesion, l. 3. C. *de edict. Div. Adrian. toll.* Si se dijere que esta ley de Part. debe entenderse del caso en que la cuestion verse entre el donatario y el mismo donante ó sus herederos, ó entre el primero y segundo donatario, convendrémos en que por lo general no habrá inconveniente en que una instruccion sumaria termine el punto de la posesion.

(33) Trae esta ley su orígen de la l. 3. C. *de donat. quæ sub modo,* la que segun los Doct. no disponia tan latamente como esta: en efecto de la citada ley del C. nacia únicamente la accion *ex stipulatu* segun unos, y segun otros la *condictio ex lege;* en cuanto á la accion real á favor de aquel á quien debia pasar la donacion finido el término prefijado no la daba esta ley del C. así como tampoco disponia que en virtud del mero vencimiento de dicho término se transmitieran la posesion y el dominio; todo lo que se halla prevenido por esta ley de Partida: téngase presente, porque es singular y se alega á cada paso en el foro. Es verdad que el *Specul.* en el tít. *de locat.* §. *nunc aliqua.* vers. 70. hace deribar de la cit. l. 3. la accion real en la cuestion que allí propone; empero el caso del *Specul.* es distinto de la cuestion presente: es ciertamente estraño que sin tradicion alguna se adquieran la posesion y el dominio por el segundo donatario, contra la l. 20. C. *de pact.*, y sobre esta opinion del *Specul.* v. Dec. consil. 239. col. pen. y últ; segun esto, cualquiera de los nombrados en la donacion seria dueño, y nunca un mero instrumento: véase Juan Andr. en las adiciones al *Specul.* tít. *de instrum. edit.* §. *nunc verò aliqua,* en la adicion que empieza *per superiora.* Por esta ley se ve que el sucesor al mayorazgo es dueño y no mero usufructuario, y así se sienta en una glos notable á la l. 34. §. últ. D. *de legat.* 2. y Socin. en la l. 122. D. *de verb. oblig.* col. pen.

(34) ¿El donante podrá antes del vencimiento del término revocar el gravámen de restitucion impuesto al donatario, ó lo que es igual quitar el derecho al segundo donatario? Esta es cuestion muy dudosa: Bart. en la cit. l. 122. §. 2. está por la afirmativa, aun cuando la donacion se hubiese hecho á la Iglesia: se funda en la l. 3. D. *de servis exportand.* y añade que el heredero del donante carece de semejante facultad; igual es la opinion que sostiene Alex. en el mismo lugar, despues de haber alegado varias razones. Paul. de Castr. defiende la opinion contraria junta-

si por auentura, quando fizo la donacion, non señalo (35) en quien fincasse de aquel dia en adelante, dezimos que la deuen auer los que heredan (36) los otros bienes, de aquel que fizo la donacion.

LEY 8. *De las donaciones que se mueuen los omes a fazer, por razon que non han fijos como non valen despues que los han.*

Mueuense los omes a las vegadas a fazer donaciones, porque non han fijos (37), ni han es-

mente con otros escritores; y esta, es decir, la de Paul. de Castr. dice ser la mas comun Guilliel. Benedict. *repet.* cap. *Raynutius, de testamentis,* sobre las palabras, *si absque liberis moreretur,* fol. 335. col. 2. donde refiere los sostenedores de esta opinion; véase tambien Rodrigo Suar. aleg. 20, donde alega esta ley. Sin embargo, yo me inclino á la opinion de Bart. esceptuando el caso en que el pacto hecho á favor del segundo donatario se hubiese verificado estando este presente y aceptando, ó que el donante hubiese prometido espresa ó tácitamente no revocar lo dispuesto á favor de dicho segundo donatario, segun lo que dije arriba en la l. 4., y añád. Dec. consil. 158 y consil. 239. col. 2. y 3., Bald. en la l. 7. C. *de jure dot.*, y en la l. 119. C. *de donat. ante nupt.*, Socin. consil. 25. vol. 1. duda 2., Alex. consil. 27 y 28. col. 2. vol. 5. y lo que dice en los consil. 106 y 107. vol. 2. — * Sentado que las inovaciones que hizo la ley del Ordenamiento fueron, quitar la necesidad de la estipulacion, atribuyendo igual fuerza que á esta á la simple espresion de la voluntad, y declarar que podia estipularse y en general aceptarse cualquier promesa en provecho de otro; tendrémos que deberá atenderse al modo como se ha verificado la designacion del segundo donatario. Si es á manera de condicion ó gravámen que se inserta todo en provecho del donante, no se halla obstáculo en que este lo revoque; pero si la persona del segundo donatario fué indicada por el primero, quien rogó al donante que á favor de la misma ordenara la restitucion, entonces tenemos una verdadera promesa alcanzada á favor de un tercero, de consiguiente obligatoria por la ley del Ordenamiento, y por lo mismo irrevocable. Ahora si hubiese duda acerca de si en la designacion de la persona se atendió ó no á las afecciones del primer donatario, deberia tal vez subdistinguirse: ó trataba simplemente el donante de quitar el gravámen de restitucion, ó de designar nueva persona á la que se verificase: si lo primero, no puede caber dificultad, pues que á cualquiera le es lícito renunciar á las condiciones que ha impuesto al contratar: si lo segundo, parece que no podrá designar nueva persona, ni prescribir que vuelva á sí la cosa donada, sin que obtenga el consentimiento del primer donatario; porque las variaciones en un contrato no pueden hacerse por una sola de las partes, siempre que pueden no ser indiferentes á la otra: y en nuestro caso pudo ser parte la persona del segundo donatario, para que el primero aceptase la donacion.

(35) Y ¿qué dirémos si habiéndolo designado hubiese fallecido antes del tiempo marcado para diferírsele la donacion? Dígase que esta quedará en poder del primer donatario grabado, á tenor de la l. 38. §. 6. D. *de legat.* 3. y de la ley única §. 1 y 2. C. *de caduc. tollend.*, y segun Joan. Andr. en las cit. adiciones, tít. *de instrum. edit.* §. *nunc verò aliqua* en la adicion que empieza *per superiora.* — * En el supuesto que la donacion no púeda revocarse por el donante, en cuanto al segundo donatario, este tiene un derecho constituido, y por lo mismo lo transmite á sus herederos, aunque no haya cedido el dia, como sucede respecto de todos los que dimanan de contrato, y aunque sean á término ó dependan de condicion, l. 4. tít. 11. de esta Partida. En el supuesto que fuese revocable, como no hay obligacion respecto del segundo donatario, mientras viva el donante, tampoco tiene este derecho alguno que pueda transmitir.

(36) Añád. la l. últ. C. *de legat.*

(37) Teniendo hijos ó hijo el donante parece que no tendrá lugar la disposicion de esta ley, segun se colige *á sensu contrario*, así como atendida la l. 8. C. *de revoc. donat.*, de aquellas palabras *filios non habens.* Sin embargo, parece probar lo contrario l. 77. §. 29. D. *de legat.*, 2., á mas de que parece militar la misma razon en el supuesto que el padre tenga hijos, ya que es mas presumible que quiera dejarles sus bienes mas bien que á los estraños, segun la l. 30. C. *de fideicom.*, la l. 6. §. *cum autem* C. *de institut. et substit.* y la 102. D. *de condit. et demonst.*, y á este parecer se inclina Ang. en la cit. l. 8. C. *de revoc. donat.*, esto es, en el supuesto que sea verosímil que el padre no hubiera hecho la donacion, si hubiese podido presumir que le sobrevendrian mas hijos, como en el ejemplo que él propone; y lo mismo opina Bald. en la l. 1. C. *de inoff. donat.*, col. 3. vers. *sed quid. si temp. donat.*, donde Paul. de Castr. distingue, si el hijo nacido antes de la donacion era ó no aborrecido del padre; es de ahí que en este punto dependerá todo del arbitrio del juez, quien atendidas las circunstancias decidirá si el padre hubiera ó no hecho la donacion, á haber previsto que podian sobrevenirle mas hijos; segun Andrés Tiraquell. en los coment. á la cit. l. 8., sobre las palabras *filios non habens.*

perança de los auer (38). E porende dezimos que si alguno, por tal razon diesse (39) a otro (40)

(38) Juan Bernardo Diaz de Lugo, antiguo consejero de Indias colega mio, ahora benemérito obispo de Calahorra examina el valor de estas palabras; en sus reglas y variaciones, en la letra d, regla 141. siguiendo la opinion comun de los Doct. dice, que si puede demostrarse que al tiempo de la donacion pensó el donante en los hijos que podian sobrevenirle no se revocará, ni en virtud de la l. 8. cit., ni en virtud de esta ley de Partidas, conforme lo opina Bald. en la l. 87. §. 3. D. *de legat.* 2., y Juan de Imol. en el cap. últ. *de donat.*, cuya opinion dice ser la corriente Socin. consil. 53. col. 3. vol. 4. Favorece la opinion contraria el que tanto la disposicion de esta ley como la de la l. 8. cit. tuvieron por objeto, no al donante, sino á sus hijos; de lo que se sigue, que semejante disposicion no puede ser renunciada por el padre, *arg.* l. 7. C. *ut in possess. legat.* y l. 15. §. últ. D. *ad legem Falcid.*, y así lo sienta espresamente Oldral. consil. 173. y Juan Andr. en las adic. al *Specul.* tít. *de instrum. edit.* §. *porrò,* en la adicion final, vers. *hoc autem certum est,* al cual sigue Roman. consil. 269. al fin: la misma es la opinion de Alber. en la cit. l. 8., donde dice, que en esta conformidad logró se fallara en un caso particular, no obstante que el *Specul.* tít. *de instrum. edit.* §. *porrò.* vers. *donatio autem firma* quiere lo contrario siempre que se prometa no revocar la donacion en el caso de sobrevenir hijos. Bart. en la cit. l. 87. §. 3. col. pen. vers. *quæro utrum*, y en la cit. l. 8. establece, que el donante puede renunciar á la revocacion, pero no á la querella de donacion inoficiosa, por hallarse introducida en beneficio de los hijos; lo que seria de grande consecuencia, pues que por la l. 8. cit. la donacion se revoca en vida del padre y por el padre, al paso que la querella de donacion inoficiosa se instituye despues de la muerte del padre por los hijos, pues que ningun derecho tienen estos durante la vida del primero, arg. l. últ. D. *de liber. agnosc.* y allí Bart.: y si se dijere que habrá el inconveniente de salir perjudicados los hijos durante la vida del padre, esto es, en los alimentos en el caso que fuesen pobres, diremos con Cyn. Rayn. y Juan de Imol. en la cit. l. 87. §. 3. D. *de legat.* 2. que los bienes pasan al donatario con el gravámen de los alimentos, arg. l. 5. §. últ. D. *de liber. agnosc.*; y esta opinion de Bart. dice ser la mas acertada Ludov. Roman. consil. 26., fundándose con el mismo Bart. en el cap. *quicumque* 17. q. 4. en aquellas palabras *cum filios non haberet, neque speraret,* análogas á las de nuestra ley, y en otros argumentos que pueden verse en el lugar cit.: y así opina tambien Socin., diciendo ser el parecer comun que puede renunciarse la revocacion, consil. 147. vol. 2. col. últ.

(39) Será pues inaplicable esta ley al contrato de venta y á otro cualquiera oneroso, circunscribiéndose al gratuito de donacion: esceptúese el caso en que la venta se hiciese por un precio módico, segun Bald. en la cit. l. 8. C. *de revoc. donat.* y en la l. 1. C. *de pact.*, y largamente Socin. consil. 215. col. 1. y 2. vol. 2. Si la donacion se hiciere á título de dote por otro que por el padre de la desposada ¿se revocará sobreviniendo hijos? Ocurrióme un caso de esta naturaleza y sostuve que así esta ley como la 8. cit. eran aplicables, porque semejante constitucion de dote, se califica de mera liberalidad y de donacion, l. últ. §. 1. D. *quæ in fraud. creditor.* y l. 1. §. 13. C. *de rei uxor. act.*, y alegué á Alex. consil. 71. vol. 4.; y v. Andr. Tiraquell. quien opina de la misma manera, alegando el citado consil. de Alex., en sus comentarios á la l. 8. cit. sobre las palabras *donatione largitus* n. 193. En la donacion con causa que se hubiese celebrado por el interes del donante, no tendrá lugar esta ley en cuanto este interes montare, segun Ang. en la cit. l. 8., Alex. consil. 40. vol. 4. y Andr. Tiraquell. en las citadas palabras *donatione largitus*, n. 122. Tampoco se aplicará á la donacion remuneratoria esta ley ni la 8. cit., como opina Ang. en el lugar citado, y Decio alegando á otros, consil. 20., y Tiraquell. en dichas palabras *donatione largitus* n. 11. hasta al 94., donde aduce varias razones, y cita cinco declaraciones sobre la materia: añád. Dec. consil. 366. col. pen. Sobre si tendrá lugar en la donacion mutua ó recíproca, v. Tiraquell. en las citadas palabras, donde pueden verse las opiniones de otros muchos sobre este punto. Sobre si es ó no aplicable la misma ley al caso de la hija que renuncia segun la forma del cap. *quamvis pactum, de pactis*, lib. 6., v. Dec. consil. 181. al fin. En cuanto á si se revocará ó no por sobrevenir hijos el legado que se ha ordenado, v. Alex. consil. 31. vol. 3. y Bart. en la l. pen. D. *de confirm. tutor.* Sobre si es ó no aplicable esta ley á la donacion de un derecho no deferido, v. Socin. consil. 39. vol. 3. Por fin, si el primojénito renuncia el mayorazgo á favor del hijo segundo, y despues le sobrevinieren hijos, ¿podrá recobrar el mayorazgo que ha renunciado? Decídese esta cuestion segun lo anotado por Paul. y otros en la l. 24. de C. *de pact.*, y por el contenido del cap. único *de eo qui fidem fecit ganto de feudo paterno.*—*No hay motivo para que la revocacion, por sobrevenir hijos, no se estienda á las donaciones renumeratorias: la ley habla en general de las donaciones, y aun cuando, como es regular, la concretemos á las propias, com-

prenderá á las renumeratorias, pues que entran en esta clase, segun la definicion de Papiniano; *donari videtur*, dice, *quod nullo jure cogente conceditur;* l. 29. D. *de donat.* Hay aun otra consideracion que es de mucho peso: toda donacion renumeratoria se reputa el pago de una obligacion de las que se llaman imperfectas, obligaciones que han quedado siempre dentro los límites de la moral, sin invadir el terreno del derecho positivo, porque en los mas de los casos es imposible hacer constar su existencia de un modo legal, y en casi todos, el estimarlas pecuniariamente. Ahora bien, si el ser renumeratoria la donacion podia alegarse para impedir la revocacion, ya se conciben las dificultades que de aquí nacieran, y en particular ¿qué juez era capaz de fijar el punto hasta donde la donacion correspondia con el beneficio? y esta decision era indispensable, pues que respecto del esceso la donacion era pura. En cuanto á la donacion á título de dote, es indudable que no estará sujeta á revocacion si se prometió antes de celebrarse el matrimonio, porque viene á ser una donacion con modo ó causa final; pero constituyéndose despues de celebrado el matrimonio, sin haber precedido al mismo promesa alguna, la donacion es pura, pues que no puede decirse que á consecuencia de ella cargue el marido con nuevas obligaciones; así que parece será revocable: *arg.* l. 1. C. *de jur. dot.*

(40) Ya sea liberto, ya sea un estraño: estas palabras *á otro* hacen desaparecer la cuestion que versaba sobre la materia: Azon en la suma C. *de revoc. donat.* opinaba que la l. 8. del mismo tít. solo era aplicable cuando la donacion se habia hecho al liberto: ásí pensaron tambien Guill. de Cug. y Cyn. en la l. 1. C. *de inoff. donat.*, cuya opinion decia ser la legal Socin. en el citado consil. 53. Sin embargo, segun la Glos. en la cit. l. 8., la opinion contraria era la mas general, la que ha sido adoptada por nuestra ley de Part. ¿Pero si la donacion se hubiese hecho á un hijo propio? Dígase que en semejante caso solo se revocará en cuanto perjudique á la legítima de los demás, l. 5. C. *de inoff. donat.* y Bart. en la citada l. 87. §. 3. D. *de legat.* 2: lo mismo tendremos si se hace á la Iglesia ó á otro lugar piadoso, segun el cap. *quicumque*, 17. q. 4. junto con la Glos., y Bart. en la cit. l. 87. §. 3. ¿Pero los hijos que vinieren despues podrán revocar la disposicion paterna, ya sea por la querella de donacion inoficiosa, ó en virtud de la disposicion de esta ley ó de la 8. cit. C. *de revoc. donat.*? Depende la solucion de si el padre tuvo ó no á la vista que podian sobrevenirle otros hijos, á tenor de lo que llevo dicho en la nota 37. ¿Y si la donacion hecha al hijo nacido era de cuantía, pero no llegaba á absorver el tercio, el quinto y la legítima, podrán los hijos nacidos posteriormente revocarla? Es probable que no; porque parece que el padre quiso mejorar en el tercio y en el quinto á dicho hijo, segun la l. 26. de Toro. Sin embargo el citado Obispo de Calahorra en el lugar arriba dicho, glos. 2. sienta lo contrario, es decir que la donacion se revocará restableciéndose la igualdad entre el donatario y sus hermanos; porque no puede entenderse que el padre quiso mejorarlo, puesto que no pudo haber motivo de prediteccion entre él y los que aun no existian cuando la donacion se hizo, cuyos méritos le eran entónces desconocidos; debiendo la facultad de mejorar entenderse del caso en que existen varios entre los cuales puede recaer afeccion y predileccion; lo que no cabe cuando no hay mas que uno: y si bien ningun testo alega en su favor, podria apoyarse su opinion en el §. 2. Instit. *de asign. libert.*, donde se establece que la facultad de assignar el liberto se atribuye al que tiene dos ó mas hijos; y una pequeña glosa dice allí, que existiendo uno solo no hay necesidad de tal asignacion; y corrobora lo mismo la l. 77. §. 4. D. *de legat.* 2., allí: *viriles autem inter eos fieri, qui eo tempore vixerint, cum de aliis eligendi potestas non fuerit.* Además, fundándose esta revocacion en que el padre que hace la donacion al hijo único no la verificara si hubiese pensado que otros hijos pudieran sobrevenirle; no podrá decirse que dicho hijo sea mejorado por el padre: así que la opinion del citado obispo es sumamente equitativa y fundada, y creo ser la mas conforme en este punto. Añade el mismo que si el padre hubiese hecho una donacion cuantiosa á título de dote á favor de su hija única, y le naciesen despues otros hijos, y no hubiese dispuesto del tercio, revocarán estos la donacion hasta conseguir íntegra la legítima; sin que el yerno pueda pretender que se le engañó fundado en que la causa es onerosa; porque debia prever el caso de sobrevenir otros hijos, así como no podia ignorar la disposicion de la l. 8. C. *de revoc. donat.* A esta conclusion, añade, tampoco obsta la l. 29. de Toro, donde se dispone que para decirse inoficiosa la dote, debe esceder á la legítima tercio y quinto: porque, segun él, esta ley habla del caso en que la dote debe reformarse ó moderarse por la querella de donacion ó de dote inoficiosa; y no de aquel en que se revoca en virtud de la l. 8. citada y de esta ley de Partidas: y concluye que se halla esto conforme con la razon y con la equidad, evitándose de esta suerte ciertas afecciones indiscretas de los padres. Aquí no puedo convenir con él, porque la constitucion de dote hecha por el padre no se considera donacion pura, y si donacion con causa, como lo prueba la l. 20. C. *de donat. ante*

todo lo suyo, o gran partida dello (41), que si despues (42) ouiesse fijo, o fija, de su muger le-

nupt. y allí la Glos. y Bald. col. 2. y la l. 35. D. *fam. erscisc.*; de lo que se sigue que semejante donacion no se revocará por el motivo de sobrevenir otros hijos: así lo opinó Jason consil. 171. y antes que él Socin. consil. 147. que empieza *visa facti contingentia,* col. ult. vol. 1. y recientemente Tiraquell. en el citado comentario suyo, vers. *donatione largitus,* n. 196. A favor de la opinion del citado obispo podria alegarse que que si bien es obligacion paterna el dotar á la hija, sin embargo no puede negarse que el padre ejerza con ella un acto de liberalidad y hasta de donacion, como lo prueba la l. 2. C. *de bon. quæ liber.*: corrobórase la misma opinion con lo que establecen varios Doct, á saber, que la cantidad de la legítima marca los límites de la obligacion de dotar, segun dice Salic. en la auth. *res quæ* C. *comm. de legat.* 2. notab. y Alex. citando á otros, consil. 69. vol. 1.; y véase tambien la nueva pragmática hecha en las Córtes de Madrid en 1534. pet. 101.: luego lo que se da en dote mas allá de la legítima no es en virtud de obligacion, sino mera liberalidad: luego tendrá lugar esta ley y la l. 8. C. *de revoc. donat.*: á esto puede contestarse, que no es cierto que la obligacion de dotar se limite á la cantidad de la legítima, sino que debe atenderse á las virtudes de la hija, al valor de los bienes paternos y al número de los hijos, segun la l. 43. D. *de legat.* 3., la l. 60 y l. *si quando.* D. *de jure dot.* y la l. 5. tít. 7. Part. 6., cuya disposicion es notable, y v. Socin. que trata estensamente ese punto en el consil. 288. col 7. y 8. vol. 2. y Decio consil. 26 y 180.: y añádase que la dote que el padre señala á la hija debe considerarse competente, porque nadie mejor que el padre sabrá mirar por su hija, l. 22. D. *de adulter.* A mas de esto, si deseando el padre casar la hija con una persona rica y poderosa le señala una dote escesiva, no podrá negarse, atendido lo dicho, que hace su negocio y el de la familia: luego la donacion es con causa, y de consiguiente no es aplicable esta ley de Partidas, ni la l. 8. C. *de revoc. donat.*: empero, si es un estraño el que hace la donacion por causa de dote, cesan dichas consideraciones, falta la utilidad del donante, y por lo mismo el acto es de mera liberalidad. Sin embargo pudiera sostenerse la opinion del citado obispo, cuando el padre desconfiando tener otros hijos diera á la hija una dote mucho mayor de la que correspondia para el marido que habia escojido: entónces como que hay una donacion simple ó pura cesan las indicadas consideraciones, y por lo mismo no seria fuera de razon que la dote se revocase en cuanto al esceso.

(41) La l. 8. C. *de revoc. donat.* de la cual esta se ha tomado dice *aliquam partem*; es decir que tiene lugar en cualquier parte por pequeña que sea, lo que sienta tambien la Glos. en la Clem. 1. *de foro compet.* en las palabras *aut earum parte.* Empero Bald. en la l. 1. C. *de inoff. donat.* y en las l. l. 9 y 10. C. *de testam. milit.* dice ser necesario que á lo menos sea la mitad, fundado en la l. 164. § 1. D. *de verb. signif.* Al contrario Bart. en la cit. l. 87. §. 3. D. *de legat.* 2. sostiene que la revocacion tiene lugar aun cuando la donacion consistiera en cosa determinada; y Francisco Acursio el mayor, consil. 1. col. 6., valiéndose de la autoridad de Bald. y de Juan de Jmol. afirma, que la donacion debe ser á lo menos de la cuarta parte de los bienes. Yo lo dejara al arbitrio del juez, quien, ya fuese la donacion de una parte cuota, ya de una cosa particular, juzgase si era ó no verosímil que el padre la hiciera si hubiese pensado que podian sobrevenirle otros hijos: y esta es la opinion de Juan B. de Santo Sever. en las cit. l. l. 9 y 10. *de testam. milit.* espresando que así lo ha visto juzgar en la ciudad de Sena; lo mismo sienten Francisco de Aret. en la l. 25. D. *de liber. et postum.* y Socin. en el cit. consil. 53. col. 5.; y este parece ser el espíritu de nuestra ley, indicado con aquellas palabras *gran partida;* y si bien puede decirse que ellas suponen la mayor parte de los bienes, segun la l. 21. D. *de excusat. tutor.* y allí Bald., debe tenerse presente, como llevo dicho, que en esta materia todo depende de la presunta mente del donante, y además que las palabras *plurima parte*, de que usa la l. 21. cit., no son equivalentes á *magnam partem o gran partida:* sobre ese punto v. Andr. Tiraquell. coment. cit. sobre las palabras *omnia, vel partem aliquam,* n. 27 y 28.

(42) Sea cual fuese el intervalo que medie desde el acto de la donacion hasta el nacimiento de los hijos, con tal que no se hubiese pensado en ellos cuando la donacion se verificó; por ej. si el marido estuvo mucho tiempo ausente dejando á su muger embarazada, la que parió poco despues de hecha la donacion, arg. l. 1. D. *de captiv.*; ó bien si al verificarse esta el hijo habia nacido y lo ignoraba el padre; en cualquiera de estos casos ú otros semejantes la ley será aplicable atendido su espíritu, y se prueba por las l. l. 9. y 10. cit. C. *de testam. milit.* y por la l. 25. §. 1. D. *de liber. et postum.*, y así opina Bart. en su repet. sobre la l. 1. C. de Sacros. Eccles., 2. cuest., y lo trae Tiraquell. en el coment. cit. á la l. 8. C. *de revoc. donat.* sobre las palabras *filios non habens.* n. 14. y 15.

gitima (43), con que casasse despues (44), que luego (45) que los ha, es reuocada (46) porende

(43) Esta ley no procede en los hijos adoptivos; tampoco en los espirituales que provienen del acto del bautismo, ni en el caso de ingreso en un monasterio; tampoco procede cuando los hijos son naturales, aunque se legitimaran por rescripto del príncipe. Por lo que mira á los adoptivos lo afirman espresamente Paulo de Castr. en la l. 2. C. *siquid in fraud. patronor.*, Alex. consil. 40. vol. 4. y Dec. consil. 399: por lo que mira á los espirituales es evidente, porque no suceden á sus padres espirituales, como lo notan Anton. y Abb. en el cap. *tanta, qui filii sint legitimi*, y lo trae Tiraquell. en la cit. l. 8. sobre las palabras *suscepit liberos*, n. 21 y 22.: sobre el ingreso en el monasterio lo afirman Alber. en la cit. l. 8., Francisco de Aret. en la l. 1. D. *de testam.* col. 7. y Tiraquell. sobre las citadas palabras n. 36 y 37. y véase allí en el n. 42. si la donacion se revocará á lo menos en cuanto á la legítima: de los hijos naturales lo dice Oldrad. consil. 278, duda 3, fundada en la l. 37. §. pen. D. *de oper. libert.* y en la l. 6. vers. *cum autem* C. *de instit. et substit.* y Tiraquell. en el lugar arriba citado n. 45. Sin embargo, Ripa quiere lo contrario allí q. 28, apoyándose en la presunta voluntad del donante, que es el fundamento de la l. 8. C. *de revoc. donat.* Esta ley de Partidas favorece la primera opinion; como lo indiqué al principio de esta glos. Tiraquell. en el n. 35 añade que si la donacion se hiciere por la madre, y el hijo natural no procediere de union punible, esto es que fuese de los que pueden sucederle por testamento y abintestato, procederá la revocacion, toda vez que tales hijos tienen derecho á la queja de inoficioso testamento: véase al citado escritor y la l. 9. de Toro., y Alex. consil. 40. vol. 4. 4 duda. Por lo que mira á los hijos naturales restituidos á la legitimidad, ó legitimados por rescripto del príncipe, no hacen revocable la donacion, segun Salic. en la l. 8. *de revoc. donat.* y Bald. en la l. 1. C. *de inoff. donat.* col. pen., en la l. 2. C. *si quid in fraud. patron.* y en el cap. *innotuit, de election.*, donde dice lo contrario respecto de los que se legitimaren por subsiguiente matrimonio, es decir, que harán la donacion revocable: véase sobre este punto á Tiraquell, en las citadas palabras, n. 58 y siguientes, y á Decio, consil. 307. col. últ. y latamente en el consil. 366. Adviértase que nuestra ley parece decidir que ni aun los legitimados por subsiguiente matrimonio harán revocable la donacion, con aquellas palabras: *Que si despues ouiesse fijo, o fija de su muger legitima con que casasse despues:* requiere pues que el hijo sea nacido de la que era ya muger legítima al tiempo de la concepcion; porque toda calidad que se pone junto á un verbo debe entenderse segun el tiempo del mismo verbo, l. 4. §. 3. D. *de noxal. act.* y l. 6. D. *de condict. ob caus.*: así que manifiesta con bastante claridad que no basta la legitimacion por subsiguiente matrimonio: ni es esto de estrañar si se considera que atendida la mera disposicion del derecho comun, ya se inclinaba á esa opinion Alex. en la l. 29. §. 5. D. *de liber. et posthum.* col. últ., movido de que semejante limitacion no se retrotrae en perjuicio de los legítimos, segun lo not. Juan Andr. en la regla *sine culpa, de regul. jur.* lib. 6., y en el cap. *tanta, qui fil. sint legit.* Sin embargo, como esa decision es algo dura dejo que los otros juzguen: véase lo que dije en la l. 1. tít. 13. Part. 4. sobre las palabras *son legitimos*.

(44) Usa de estas palabras, porque es cierto que el donante no pudo pensar en tales hijos al tiempo de la donacion. No para que se entienda que si le nacieren de la muger que tenia en dicha época, la donacion no se revocase; pues que la misma razon que para los primeros hay para los últimos, si pareciese que el donante no pensó en que pudiesen sobrevenirle; y así lo afirma Bald. en los ejemplos que pone en la l. 8. cit. *de revoc. donat.*: y sobre si en caso de duda se presumirá que el donante pensó en los hijos que le nacieron despues, v. Bart. en la cit. l. 87. §. 3. D. *de legat.* 2. col. pen. vers. *quæro quid. si in dubio.* Y nótese que si el donante desconfiara, de tener hijos, atendida su edad ú otra causa, tendrá lugar la revocacion aunque hubiese tenido presente esa idea, segun Socin. consil. 126. vol. 3. col. 2. vers. *aliquando et tertio,* y atendida nuestra ley de Part. y la l. 8. cit.: el mismo escritor allí dice que no ha visto decidido este caso por los Doct.: y en la col. 4. añade que la renuncia de no revocar por motivo de los hijos que podrian nacer, debe entenderse limitada á los que provinieren de la muger con que entónces estaba enlazado: la decision de Socin. se halla repetida y esplanada por Tiraquell. en su citada repeticion á la l. 8. C. *de revoc. donat.* n. 100. vers. 3.

(45) Es decir, que para efectuar la revocacion no es preciso aguardar la muerte del donante y que sus hijos entónces la reclamen; sino que desde luego puede el mismo donante instarla; lo que se halla aun mas espreso en la l. 8. cit., y véase la glos. últ.: sin embargo, el hijo nada puede reclamar en vida de su padre, segun Cyn. y Juan Fab. en la l. 1. C. *de inoff. donat.* Si el hijo necesitase de alimentos podrá pedirlos al donatario, arg. l. 5. §. últ. D. *de liber agnosc.* Despues de la muerte del padre, de la misma manera que este podrá el hijo pedir la revocacion, aunque el primero no hubiese hecho declaracion alguna sobre el particular, segun Alber. en la

la donacion, e non deue valer en ninguna manera (47). E si por auentura alguno que ouiesse fijos legitimos, quisiesse fazer donacion a otro, puedelo fazer en tal manera, que todavia finque en saluo a los fijos la su parte legitima, tambien en vida (48) de su padre, como despues de la su

cit. l. 8., fundado en que la donacion queda revocada por la sola fuerza de la ley.

(46) Estas palabras *es reuocada* manifiestan que por el mero hecho de sobrevenir los hijos en que no se habia pensado, la revocacion se verifica de derecho, y lo nota la Glos. en la cit. l. 8.; y esto tendrá lugar aunque el donatario, adquiriese la posesion por el pacto de *constituto;* volverá entónces al donante la cosa donada, quedando ineficaz dicho pacto, segun Dec. consil. 366, porque el *constituto* sigue la suerte del acto al cual accede, Bald. en la l. 29. C. *de fideicommiss.* y en el cap. 2. *de feud. dat. in vic. leg. commiss.*; y añádase que la donacion se revocará aunque se hubiese corroborado con juramento, segun lo nota Bart. en la cit. l. 87. §. 3. D. *de legat.* 2. y esta es la opinion general entre los Doct.

(47) Es decir que se revocará enteramente, segun la cit. l. 8.; ademas, aunque los hijos que dieron lugar á la revocacion fallecieren despues, la donacion no renacerá, segun Alber. en el lugar citado y Bart. en la cit. l. 8. §. 3. D. *de legat.* 2. col. pen. vers. *quæro, pone filii sunt nati*, si bien Alber. en la l. 1. D. *de assignat. libert.* sostiene lo contrario, fundado en aquel testo. —* Como la donacion queda revocada *ipso jure* por el mero hecho de sobrevenir hijos al donante, atendidas las palabras terminantes de esta ley; es evidente que aun cuando tales hijos premueran á su padre, la obligacion no renacerá; porque cuando se ha estinguido un derecho, se necesita una de las causas reconocidas por la ley, para que se reproduzca, como convencion, sucesion testamentaria etc.; y en cuanto á las causas de adquisicion de un derecho, la ley no distingue entre la persona que lo tuvo antes, y la que nunca lo ha tenido.

(48) Es decir, mientras que ni entre vivos ni por causa de muerte disponga perjudicando á la legítima: véase la l. 28. de Toro, donde se dice, que en virtud de varias leyes del Fuero que autorizan al padre para disponer, aunque sea á favor de los estraños, de la quinta parte de sus bienes, ya en vida, ya en última voluntad, ó bien del quinto por su alma, no puede el padre dar ni legar mas que un quinto: y si bien dicha ley habla del caso en que el padre da ó lega á los descendientes, con mayoría de razon debe entenderse de los estraños: con esto desaparece la antigua cuestion agitada por los Doct. españoles, á saber, si en fuerza de las leyes del Fuero podia el padre disponer de dos quintos; sobre cuya cuestion v. Rodr. Suar. al fin de su comentario á la l. 32. C. *de inoff. testam.*, quien en su decision olvidó esta ley de Partidas, la que prueba bastante, que el padre solo puede disponer de una quinta parte, ya entre vivos, ya por causa de muerte, á fin de que quede salva la legítima á los hijos, cuya porcion consiste hoy dia en todos los bienes paternos escepto el quinto: y manifiesta además la misma ley que no debe atenderse á si el padre dispuso de una parte cuota, ó de cosas determinadas, de las que hizo donaciones durante su vida: el mismo Suar. dice allí que si el padre, durante su vida, hubiese consumido la quinta parte en donaciones módicas, de aquellas que la costumbre no tiene en cuenta, y no el todo como parte cuota, no se atenderá á ellas de modo que quiten al padre la facultad de disponer del quinto para su alma: porque lo contrario seria llevar la cosa al esceso y se quitara en cierta manera al padre el derecho de administracion y distribucion de los bienes; lo que segun el mismo escritor no dejaria de ser algo inicuo: en comprobacion de su aserto no alega mas que la costumbre, y el absurdo á que se vendria á parar en el caso contrario. Y ciertamente, si los hijos resultaban poco gravados en la legítima, á consecuencia de aquellas donaciones módicas, seria equitativa la decision de Suar., mayormente hallándose apoyada por la costumbre: si el esceso y gravámen eran notables no distinguiera yo el conjunto de pequeñas donaciones de una donacion cuantiosa, arg. l. 34. §. 1. D. *de legat.* 3. y allí la Glos. en la palabra *prope* y lo anotado por Bald. en la l. 30. D. *de legib.* Y cuando se prohibe á los padres el que den ó leguen mas allá del quinto, ¿se concreta esta prohibicion á la propiedad de los bienes, ó abraza tambien los frutos, considerándose como parte de aquellos? Esta cuestion interesante solo la he visto tocada por Socin. consil. 93. vol. 1. 3. duda, donde empieza *circa primum præsentis consultationis articulum*: allí, despues de haberse hecho cargo de varios argumentos opuestos, concluye que, lo mismo que de los demás bienes, debe decirse de los frutos, deducido lo que necesita el padre para su subsistencia, atendida la calidad y dignidad de su persona, segun lo anotado por la Glos. y los Doct. en la l. 12. D. *solut matrim.;* y en la l. 12. §. 4. D. *de usu et habitat.*: el caso sobre que discurre Socin. guarda bastante analogía con las leyes de nuestro reino, pues que parte del supuesto que la legítima de los hijos habia sido aumentada hasta las tres cuartas partes de los bienes paternos en virtud de un

muerte. E la parte legitima es, segun dize en el Titulo del establescimiento de los herederos. E si el padre fiziere mayor donacion, puedenla reuocar los fijos, fasta en la quantia de la su parte legitima (49).

LEY 9. *Fasta que quantia puede fazer ome donacion de lo suyo; e de lo que demas fiziere que sea reuocado.*

Emperador, o Rey, puede fazer donacion, de

estatuto: fúndase en que hablando la ley en general, así debe tomarse, l. 1. §. 1. D. *de legat. præst.*, cap. *Si roman.* dist. 19; añade que los frutos, lo mismo que los demas bienes, vienen comprendidos bajo de este nombre, *bona á beando dicuntur,* l. 39. §. 1. D. *de verb. signif.*; ahora bien, no pudiendo darse razon de diferencia, y atendido que lejos de oponerse las palabras del estatuto, son tambien aplicables á los frutos, es evidente que vendrán comprendidos en su disposicion, l. 1. §. 19. D. *de exercitor. act.*; corrobora esta conclusion con un caso que dice ser singular en la l. últ. vers. pen. D. *de requir. reis.*, donde se ve que la disposicion de aquel título, en virtud de la cual los muebles é inmuebles del ausente citado se inventarian, de modo que los recupere dentro del año si comparece, se interpreta por dicha ley, dándole igual derecho sobre los frutos percibidos en aquel año, porque se cuentan entre los bienes muebles: aduce tambien la l. 29. §. 1. D. *de pignor.* y la l. 3. C. *in quib. caus. pig. vel hipot. tacit.*, con las concordancias indicadas en la Glos., añade que los frutos aumentan la cosa, l. 20. §. 3. D. *de petit. heræd.*, y que los frutos se reputan cosas hereditarias al igual que lo restante del patrimonio, como lo dice Jacob. Butric en la l. 6. C. *ad Trebell.*; fúndase tambien en que el aumento debe seguir la condicion de su principal, l. 8. C. *de jure dot.*, l. 18. §. 1. D. *de pignor. act.*, y lo que allí dice Bart. y l. últ. C. *de frument. urb. Constantinop.*; y alega otras razones que pueden verse en el lugar citado: añade al fin, que esto no debe tomarse tan á la letra, de modo que si el padre hiciese alguna vez cuantiosos gastos para la manutencion ó emplease algunos frutos para objetos piadosos, deban imputársele en la cuarta parte; y sí solo cuando computados estos frutos y aquellos gastos faltase alguna cantidad considerable la que se presumirá invertida en provecho de otras personas. Se opone un testo notable y es la l. 6. §. 2. C. *de bon. quæ liber.* y lo que dice allí Bald., donde se espresa que el padre puede disponer á favor de quien quisiere del usufruto que le compete sobre los bienes adventicios del hijo, sin que puedan los hijos intentar por eso la queja de donacion inoficiosa: es de ahí que el padre dispone libremente de los frutos, aunque se cuentan entre sus bienes: opónese tambien la decision de Diego de Segura en la repet. á la l. 1. §. 4. D. *de adquir. possess.* col. 26., donde, movido por lo que dice la Glos. en la l. 24. §. 14. D. *de fideicomm. libertat.* sobre las palabras *ex aliqua causa,* infiere que si el padre hizo donacion inoficiosa á favor de uno de sus hijos, y estos la revocan como tal, quedará el hijo donatario con su legítima y además el tercio y el quinto; sin que tenga que restituir los frutos que percibió, arg. l. 6. C. *de collat.* Empero, si bien se consideran estos argumentos, no obstan; pues que los frutos en los dos casos de que se trata no se perciben de los bienes del padre, sino que en el primero proceden de los adventicios, cuya propiedad es del hijo; y en el segundo, de los que fueron objeto de donacion, los que en el caso propuesto por Segura son del donatario: y segun dice Bald. en la l. últ. C. *de usucap. pro donat.* los frutos y accesiones de la cosa no se reputan parte de la donacion, porque no vienen en el contrato, atendida la forma del contrato, así que segun él no aumentan la cantidad de la donacion, ni requieren insinuacion, l. 9. §. 1. D. *de donat.* y allí la Glos. Por lo dicho queda subsistente la decision de Socin. con estas dos escepciones, á saber, respecto de los frutos que el padre percibe de los bienes adventicios del hijo; pues que la donacion de los mismos no puede revocarse como inoficiosa, segun Bald. en la cit. l. 6. §. 2. C. *de bon. quæ liber.*: y en segundo lugar, cuando los frutos provengan de cosa de la que el padre ha hecho donacion y entrega á otro; pues que tales frutos no aumentan la cosa que los produce, segun la Glos. y la cit. l., y se prueba por el cit. §. 1. de la l. 9. D. *de donat.*; á mas de que nunca pertenecieron al patrimonio paterno; téngase esto presente porque se ofrece á cada momento. —* Sobre los frutos producidos por la cosa que fué objeto de la donacion que se ha revocado, y acerca de los efectos da la revocacion respecto de un tercero poseedor de los bienes donados, véase la nota sig.

(49) Tenemos aquí que la donacion inoficiosa hecha en perjuicio de los hijos nacidos, se revoca en cuanto monta este perjuicio, pero no por el total: en este punto, discurriendo á tenor del derecho comun, discrepaban los glosadores Azon y Hugolino, segun la Glos. á la l. 1. C. *de inoff. donat.* 5. cuest.: la mayoría de los Doct. en dicho lugar aprobaba la opinion de Hugol., distinguiendo entre la donacion inoficiosa de hecho y con intencion, y la que lo era de hecho tan solo; y así lo atestigua Socin. consil. 126. col. 1. vol. 3. Esta ley aprobando la opinion de

Azon declara indistintamente revocable la donacion por lo que montare la legítima, dejándola subsistente en lo restante; opinion que tambien fué la de Bald. en la cit. l, 1. col. 4., y que segun Paul. en el mismo testo, col. 3. debe adoptarse en caso de duda. Añádase, en ampliacion de esta ley, que ni con donaciones remuneratorias puede el padre perjudicar á la legítima de los hijos, siendo revocables lo mismo que las restantes, segun la Glos., lo anotado por Fulg. y Paul. de Castr., y Jas. en la auth. *unde si parens, C. de inoff. testam.*; si bien tiene lugar lo contrario en el liberto, l. 9. D. *si quid in fraud. patron.* Pero si el padre enagena á título oneroso en fraude de la legítima de sus hijos ¿podrán estos revocar las enagenaciones en cuanto salieron perjudicados por ellas? V. Bart. en la l. 2. D. *si quis á parente fuerit manum.* y mas latamente Bald. en la l. 2. vers. *quæro an filius. C. si quid in fraud. patron.*, Paul. de Castr. en la l. 50. D. *ad Trebell.*, Juan Andr. en las adiciones al *Specul.* tít. *de reb. eccles. non alien.* parte 2. y Alex. consil. 57. v. 5. ¿Y si el padre dilapida sus bienes tendrán los hijos derecho para pedir que se les asigne alguna parte del patrimonio para alimentos? V. Bald. en la l. 1. C. *si quid in fraud. patron.*, Aug. en su tratado *malefic.* en la parte *metidore de mali dati*, col. 3. y Jas. en la l. 85. §. últ. D. *de verb. oblig.*—* Sobre las donaciones renumeratorias véase lo que se ha dicho en la nota 39, donde se ha demostrado que en esta materia no debe distinguirse entre tales donaciones y las demás que pertenecen á la clase de las puras.

Cuando una donacion se revoca pueden presentarse dos cuestiones; 1ª. si deben ó no restituirse los frutos percibidos antes de la revocacion; 2ª. Si puede ó no reconvenirse á un tercero á quien el donatario transmitió la cosa donada ó algun derecho sobre la misma. En cuanto á los frutos conviene distinguir entre causas y causas de revocacion: si fuere la de ingratitud ó la de haber sobrevenido hijos al donante, no cabe dificultad en que el donatario no deberá restituir los frutos percibidos antes de existir dicha causa, porque los hizo suyos no inmediatamente á título de donacion, si no en virtud del dominio que tenia en la cosa; de modo que jamás pertenecieron al donador, ni han podido considerarse nunca como parte de la donacion. Los percibidos desde la existencia de la causa se restituirán, cuando esta fuere la de haber sobrevenido hijos, porque la revocacion se verifica *ipso jure; que luego que los ha*, dice esta ley, *es reuocada por ende la donacion, e non deue valer en ninguna manera.* Por la razon contraria no restituirá semejantes frutos el donatario si la revocacion proviene de ingratitud, en efecto, entónces la revocacion no se ejecuta *ipso jure*, como lo prueba el que si no se instituyó la accion por el donante, no pueden instituirla sus herederos, l. 10 de este tít.: se habrá pues razon únicamente de aquellos frutos que el donatario percibió ó pudo percibir desde la contestacion del pleito. Si la donacion se revoca por perjudicar á la legítima, parece que vendrán todos los frutos, porque ella fué nula en cuanto causaba este perjuicio, como lo indica esta ley cuando dice que el padre puede hacer donaciones con tál que quede salva la legítima de sus hijos, tanto en su vida, como despues de su muerte; de lo que se infiere á *sensu contrario*, que si no queda salva esta parte, la donacion será nula en cuanto al esceso: no se nos oculta que las palabras que se leen mas abajo, *puedenla reuocar los fijos*, dan lugar á creer que la donacion no fué nula *ipso jure*; pero, lo palabra *reuocar* pudo referirse muy bien al hecho y no al derecho, esto es al acto de recobrar los bienes, y no á hacer necesaria la reclamacion de los hijos para que la donacion perdiese su fuerza ante la ley. Por fin, cuando se revoca la donacion por no cumplir el donatario las cargas que le impuso el donador, es indudable que se restituirán todos los frutos, equivaliendo entónces la donacion á una especie de contrato *de ut facias*. Veamos ahora si se revocarán las enagenaciones hechas por el donatario, y las hipotecas, servidumbres ú otros derechos que este hubiese constituido sobre la cosa donada. Si la revocacion proviene de perjuicio causado á la legítima, no cabe duda que comprenderá las cosas enagenadas por el donatario, así como las hipotecas y servidumbres que hubiese constituido; ó mejor, tales actos de transaccion y constitucion de derechos fueron nulos, porque era nula la donacion en cuanto al esceso, segun lo que llevamos dicho. Cuando la revocacion tiene lugar por haber sobrevenido hijos al donador, es evidente que alcanzará á las enagenaciones que hizo el donatario despues del nacimiento de tales hijos, porque por este hecho queda la donacion ineficaz: en cuanto á las anteriores, parece deberian quedar subsistentes, respondiendo el donatario de lo que en cambio hubiese recibido, porque las hizo en tiempo en que era dueño absoluto; si bien por la opinion contraria no deja de obrar con alguna fuerza, el que la disposicion de la ley en este punto viene á hacer las veces de condicion resolutoria. Con mayoría de razon deberán subsistir los actos de dominio de que se trata, cuando la revocacion se funda en la ingratitud, ó en la falta de cumplimiento de las condiciones ó modo; pues que en tal caso, ni aun hay la existencia de condicion resolutoria que pueda retrotraer los efectos del acto, dado que mera existencia de dichas causas ó de alguna de ellas, no resuelve por sí sola la donacion.

lo que quesiere, con carta (50), o sin carta, e valdra. Esso mismo dezimos que puedan fazer los otros omes, quando quieren dar algo de lo suyo al Emperador, o al Rey. Ca guisada cosa es, que como ellos pueden fazer donaciones por carta, o sin ella, que los omes puedan dar a ellos lo que quisieren, en essa misma manera. Pero dezimos, que quando el Emperador, o el Rey, faze donacion a Eglesia (51); o a Orden, o a otra persona qualquier, assi como de Villa (52), o de Castillo, o de otro logar en que ouiesse Pueblo, o se poblasse despues (53); si quando gelo dio, otorgo por su priuillejo, que gelo daua con todos los derechos (54) que auia

(50) Cuando la donacion esceda de quinientos maravedís es indispensable la escritura, segun esta ley y la l. 25 y pen. C. *de donat.* y lo anotado por la Glos. en cap 1. *de censibus*, lib. 6.: esceptúase la donacion que hace el Rey á un particular ó este al rey, la que no requiere escritura ni insinuacion segun esta ley y la l. 34. princ. junto con la auth. *ibi posita* C. *de donat.*

(51) Tenemos aquí, atendidas las palabras que se encuentran mas abajo *justicia de sangre*, que en la donacion general ó concesion de castillo ó lugar no viene comprendido el mero imperio; aun cuando la cesion se hiciere por el Rey á la Iglesia. Lo contrario sostuvo Din. en cierto caso de que fué consultado, referido por Juan Andr. en las adic. al Specul. tít. *de jurisdict. omn. judic.* en la palabra *pastoralis;* y lo mismo opina Oldrad. consil. 252., donde empieza *ad quæstionem*, fundado en razones que pueden verse en dicho lugar: y lo mismo que en esta ley, se dispone en la l. 2. tít. 9. lib. 5. del Ordenam., cuya ley se hizo en declaracion de la de Partidas, y lo mismo se dispone en la l. pen. tít. 15. Part. 2.—* Sobre la cesion del derecho de administrar justicia, véase la nota 58.

(52) Villas y castillos son ciertos nombres que en si contienen jurisdiccion, honor, distrito y derecho de patronato: v. Bald. cap. unic. col. 3. *de capit. qui curiam vend.* y Bart. en la l. 1. §. 14. D. *de nov. oper. nuntiat.*: y llámanse villas los edificios que no están rodeados de murallas, como se ve en el levítico, cap. 25 vers. 31. y lo dice Bart. extravag. *ad reprimendum*, en la glos. sobre la parte *provinciæ*. ¿Pero podrá el rey ceder á otro los hombres que le son tributarios? Lucas de Penna está por la negativa en la l. unic. C. *de capit. civ. censib. eximend.* lo que conviene notar en la ley de Valladolid para su inteligencia, así como en la l. 51. tít. 18. Part. 3. Y si el Rey me hubiese hecho donacion de un castillo, reservándose algunos vasallos y despues el castillo tomó incremento en hombres y en territorio ¿á quien pertenecerá ese incremento? Dígase que es preciso distinguir de donde proceden las familias de los vasallos; pues que los hijos seguirán la condicion de sus padres, arg. l. 22. C. *de agricol. et censit.* y así opina Bald. en el cap. 1. §. *si quis de manso*, col. 3 vers. *sed pone, de controv. investid.*

(53) Puede así verificarse sin otra autorizacion superior, como lo nota Bald. en la l. 5. D. *de just. et jure*; es lícito pues edificar villas y castillos en terreno propio, arg. l. 3. C. *de fund. limitr.*; si bien semejante castillo no atribuirá la jurisdiccion; quedando ella salva para el señor de la ciudad en cuyo territorio jurisdiccional se encuentra, l. 28. C. *de episc.* et *cleric.* y l. 30 D. *de municip.*; el edificio, pues, pertenecerá en cuanto á la jurisdiccion al que la tenia en el solar, á tenor de la regla *quid quid edificatur* etc. segun Bald. en la l. 1 vers. *in initio* D. *de offic. præfect. urb.*, donde pone el siguiente caso; el príncipe me hizo donacion de un lugar público, de un monte por ejemplo, y allí edifico un castillo al cual le designo el monte entero por territorio: se pregunta si el castillo me pertenecerá y al mismo tiempo la jurisdiccion, cual si el príncipe me hubiese hecho donacion de todo bajo un nombre universal, á saber, el de territorio? La solucion es la siguiente: si el príncipe hace la donacion bajo el nombre de territorio, el castillo será mio en cuanto á la propiedad y á la jurisdiccion, arg. l. 239. §. 8. D. *de verb. signific.*; pero si la hizo sin valerse de un nombre universal, dice Bald. que la jurisdiccion no viene concedida; porque la cesion del mero y misto imperio debe hacerse nominalmente, l. 1. D. *de offic. ejus cui est mand. jurisdict.* y lo mismo parece querer el propio Bald. en la l. 13. C. *mandati*, donde sienta que dista mucho la jurisdiccion, de la propiedad de un predio. Manifiesta esta ley que si la donacion de un lugar se hizo con todos los derechos que el rey tenia en él, únicamente se entenderá transmitida la jurisdiccion de las causas civiles, pero no el mero imperio, y guarda analogía con esa disposicion la l. 2. C. *de bon-vacant.*: pero yo limitaria la ley al caso que la donacion se hiciese bajo un nombre universal, como lo indica ya ella misma, cuando dice, *villa o castillo o otro logar*. Pero si alguno fundó mayorazgo hallándose autorizado por el príncipe ó por la ley, y entre los demás bienes comprendió en el mayorazgo la jurisdiccion de un castillo ó villa ¿los poseedores del mayorazgo gozarán sucesivamente de los demás derechos y réditos? Parece que no, á tenor de lo que llevamos dicho, y de las notas al cap. unic., *de capitan. qui cur. vend.*, y puede aducirse tambien la l. 11. D. *de assignat. libert.*

(54) Tenemos aquí y mas abajo cuando dice *entendiesse*, lo que se comprende en la donacion del

en aquel logar, e deuia auer, non sacando ende ninguna cosa; entiendese, que gelo dio con todos los pechos, e con todas las rentas, que a el solian dar, e fazer. Pero non se entiende, que él da ninguna de aquellas cosas que pertenescen al señorio del Reyno (55) señaladamente, assi como moneda (56), o justicia de sangre (57). Mas si todas estas cosas fuessen puestas, e otorgadas (58) en el preuillejo de la donacion, estonce bien passaria al logar, o a la persona, a quien

príncipe, al hacerla *con todos los derechos*: añád. l. 2 C. *de bon. vacant.*, y allí Luc. de Penna y Juan de Plat., y v. Paul. de Castr. en la l. 11. D. *de servitut.*

(55) Cuales sean estas cosas puede verse en la l. pen. tít. 15. Part., 2., junto con lo allí anotado.

(56) Entiéndase segun la l. pen. tít. 15. Partida 2.

(57) Es de consiguiente regalia el mero imperio, segun esta ley; y dice Oldrad. consil. 252. ser axioma de los legistas que el mero imperio se halla identificado con la persona del príncipe, de modo que bajo ningun respecto puede abdicarse de él, y así opinaron algunos antiguos, segun refiere Juan Andr. en las cit. adic. al Specul. en la palabra *pastoralis*, tít. *de jurisdict. omn. judic.*

(58) Tenemos aquí que el rey puede ceder lo que es de regalia, y lo mismo se dice en la cit. l. pen. tít. 15. Part. 2; y nótese esto, pues que Lucas de Penna en la l. 14. C. *de re milit.*, despues de discutido latamente ese punto decide que el rey no puede ceder á perpetuidad las regalias; es indudable que semejante concesion queda limitada al tiempo de la vida del rey concedente, segun la cit. l. pen., á tenor de la cual esta debe limitarse, y véase tambien lo que dije en la l. 10. tít. 18. Part. 3: sobre la concesion del mero imperio, v. la cit. l. 2. tít. 9 lib. 5 del Ordenam. Real, donde se trata tambien de las donaciones de villas y castillos: sobre si el que está en posesion de alguna regalia debe manifestar el título, V. Luc. de Penna en el lugar citado, quien opina por la afirmativa, y que no manifestándose dicho título tendrá lugar la restitucion: añádase la l. 4 tít. 1. lib. 2 y l. 2. tít. 1. lib. 3 del cit. Ordenam.: el mismo escritor concreta su decision al caso en que el pleito vertiera con el rey, de modo que si el poseedor entrase en litigio con otro particular no sea compelido á la exibicion de títulos.— *Bajo los reyes de Leon comenzaron las donaciones de ciudades y villas á favor de iglesias, monasterios, ricos-homes, y caballeros, contra lo prevenido por las leyes godas. l. 2 y 4 tít. 1 del F. Juzgo. La repeticion de actos de esta naturaleza hizo transigir con los principios, de suerte que en el F. V. de Castilla únicamente se declaran inagenables la *justicia*, esto es la jurisdiccion criminal y ciertos tributos, á saber, la moneda, la fonsadera y los yantares, l. 1. tít. 1. lib. 1; y mas adelante los copiladores de las Partidas llegan hasta declarar transmisible esa misma justicia, mediante especial privilegio del soberano, l. 2. tít. 1. Part. 2; con lo que sancionaron la costumbre, al paso que se opusieron á la misma en la parte que hacia prescriptible semejante regalia, l. cit.: empero, los poderosos, y en particular aquellos cuyo derecho no tenia mas fundamento que la posesion principiada y continuada en medio de turbulencias y parcialidades, hicieron los mayores esfuerzos para legitimar este título, lo que alcanzaron en las cortes de Alcalá, donde la jurisdiccion civil se declaró prescrita por el uso continuado de 40 años, y la justicia por el de cien años, l. 2 y 3. tít. 27 del Ordenam. (l. 6. tít. 5. lib. 3. de la Nov. Recop.) quedando siempre salvo el recurso de apelacion ó alzada para la corte del rey, ll. cit. Desde muy temprano se dejó sentir el resultado de estas donaciones; los reinados fecundos en revueltas, como el de D. Alonso el Sabio, de D. Sancho IV, de D. Pedro el cruel y el de Don Henrique IV las produjeron en gran número, ora proviniendo del mismo soberano, ora del que pretendia ocupar el solio; y al fin hallóse la corona sin recursos y el pueblo agobiado de gabelas. Los procuradores del reino, sin esperar que el mal llegase al estremo, suplicaron en diferentes tiempos que se pusiera término á semejantes enagenaciones; pero unas veces no fueron escuchados, y otras, la ley hecha en Cortes, esto es la promesa solemne del rey accediendo á la súplica de los procuradores, fué olvidada al dia siguiente; como lo manifiesta por si solo el reproducirse á cada paso la misma súplica, y el hacerse dos veces á un mismo monarca, como sucedió respecto de D. Alonso IX, de D. Henrique II y de D. Juan II, llegando el último á consignar un testimonio de su debilidad y á celebrar un pacto jurado sobre este punto, l. 8. tít. 5. lib. 3. de la Nov. Recop. Pero á últimos del siglo xv, cuando ya se habia desprendido la Corona de las principales ciudades y villas, no bastaba proveer para lo sucesivo, sino que era preciso volver la vista atrás con alguna firmeza, y así lo hicieron los procuradores del reino en las cortes de Santa María de Nieva en 1473, á solicitud de los cuales D. Henrique IV declaró nulas las donaciones por él hechas desde 15 de setiembre de 1464, l. 9. tít. cit. y poco despues se alcanzó de los reyes católicos que declarasen revocables todas las donaciones hechas sin causa, y sujetas á moderarse las es-

fuesse fecha tal donacion; saluo ende, que las alçadas (59) de aquel logar deuen ser para el Rey que fizo la donacion, e para sus herederos; e deuen fazer guerra, e paz (60) por su mandado.

Otrosi dezimos, que todo ome puede fazer donacion por carta, o sin ella, dando quanto quisiere, para sacar catiuos (61), o para refazer alguna Eglesia (62), o casa derribada; e por dote, o

cesivas, l. 10. tít. cit. Si bien no tuvo cumplido efecto esta disposicion de tanta trascendencia, á lo menos fueron raras en lo sucesivo las donaciones, porque afianzado el poder de los reyes, ya no les fué preciso aplacar con dones á los enemigos, ni pagar los servidores á un precio exorbitante. Esta materia llamó con preferencia la atencion de las cortes de Cádiz en 1811, con motivo de hallarse con ella enlazados los derechos feudales. Por el decreto de 6 de agosto, art. 1.° se dispuso, que quedaban desde entónces incorporados á la nacion todos los señoríos jurisdiccionales, de cualquiera clase y condicion que fuesen, y en el art. 5.° que los señoríos territoriales y solariegos quedaban en la clase de los demás derechos de propiedad particular, si no eran de aquellos que por su naturaleza debiesen incorporarse á la nacion, ó de los en que no se hubiesen cumplido las condiciones con que se concedieron, lo que se dijo resultaria de los títulos de adquisicion. Sin embargo de la reaccion que tuvo lugar en 1814, el real decreto de 15 de setiembre del mismo año se limitó a reintegrar á los señores jurisdiccionales en la percepcion de las prestaciones, frutos, emolumentos y derechos de su señorío territorial y solariego, que notoriamente no trajesen su oríjen de la jurisdiccion y privilegios esclusivos; si bien les dispensó de la presentacion de títulos. El decreto de Cortes de 3 de mayo de 1823, declaró (art. 1.°) que por el de 1811 quedaron abolidas todas las prestaciones reales y personales, y las regalías y derechos anejos, inherentes y que debiesen su oríjen á título jurisdiccional y feudal: y en el art. 2.° se dispuso esplícitamente que para que los señoríos territoriales y solariegos se considerasen en la clase de propiedad particular debian los poseedores acreditar previamente con los títulos de adquisicion que los espresados señoríos no eran de aquellos que por su naturaleza debian incorporarse á la nacion, y que se habian cumplido en ellos las condiciones con que fueron concedidos. Los títulos deben presentarse ante el juez respectivo de primera instancia, quien decidirá si el señorío es ó no de la clase espresada, con la apelacion á la audiencia territorial, y en este juicio que debe ser breve y meramente instructivo, con audiencia de los mismos señores, de los promotores y ministros fiscales y de los pueblos, no se admitirá prueba á las partes en ninguna de las instancias, sino sobre los dos puntos precisos de ser ó no los señoríos incorporables por su naturaleza, ó de haberse ó no cumplido las condiciones de su concesion, en el caso de que estas dos circunstancias no resulten completamente de los mismos títulos, y sobre si son ó no territoriales y solariegos los espresados señoríos, en caso que los pueblos nieguen esta calidad, art. 4.° del cit. decreto. Por el decreto de cortes de 2 de enero de 1837, se restablecieron los dos que acabamos de citar, y por otro de 23 de agosto del mismo año se hicieron algunas declaraciones importantes relativas al punto que nos ocupa, á saber, 1.ª que no se requiere la presentacion de títulos respecto de aquellos territorios ó pueblos en que los poseedores no hubiesen tenido el señorío jurisdiccional, art. 1.° del cit. decreto: 2.ª que tampoco deben los señores presentar los títulos respecto de lo que posean como propietarios particulares dentro los pueblos que fueron de su señorío, art. 3 del cit. decreto. 3.ª que quedan tambien exentos de la obligacion dicha aquellos que hubiesen sufrido ya el juicio de incorporacion ó el de reversion y hubiesen obtenido sentencia favorable ejecutoriada, limitándose, en caso de ser requeridos, á la exibicion de la ejecutoria, art. 4 del cit. decreto. Se declara por fin que si los señores no pudiesen presentar los títulos originales, por haberlos destruido incendio, saqueo ú otro accidente inevitable, cumplirán con presentar copia íntegra, legalizada, fehaciente de los mismos títulos, acreditando la destruccion con otros documentos ó informaciones de testigos, hechos en la época coetánea y próxima á los sucesos que causaron dicha destruccion, art. 8 del cit. decreto.

(59) Añád. la l. pen. tít. 15. Part. 2 y lo dicho en la l. 22 tít. 12 de la misma Part. sobre las palabras *o le embargassen*, y el cap. 19. *de jur. ejur.*

(60) Añád. la l. pen. tít. 15. Part. 2 y lo dicho en la l. 22. tít. 13. de la misma Part. sobre las palabras *o no le fiziessen hueste.*

(61) Añád. l. pen. C. *de donat.*, l. últ. C. *de jusc. dot.* y la auth. *eo decursum*, C. *de donat. ante nupt.*, donde la misma disposicion se encuentra.

(62) Aprueba la opinion de Pileo, sobre la cual véase Juan Andr. adic. al *Specul.* tít. *de instrum. edit.* §. *porrò*, sobre la palabra *illud.*, opinion que el mismo Andr. adopta, así como Bart. en la l. 19. C. *de Sacros. Eccles.*; empero Bald. en la misma ley opina lo contrario, á saber, que la donacion hecha á la iglesia necesita tambien

por donacion que se faze por razon de casamiento. E avn dezimos, que si algund ome quisiere fazer donacion a alguna Eglesia, o a logar religioso, o a Ospital, que lo puede fazer sin carta. Pero si quisiere dar a otro ome, o a otro logar, puedelo fazer sin carta fasta quinientos marauedis de oro (63). Mas si quisiere fazer mayor donacion (64) de lo que es sobredicho en esta

de insinuacion si escediere de quinientos aureos; y este parece ser el sentido de la Glos. en la l. 34. §. 1. C. *de donat.*, de Salicet. y esta es la opinion y Paul. de Castr. en la cit. l. 19: así que, téngase presente esta ley de Part. — * Despues de establecido el registro de hipótecas, parece á primera vista que tambien ha debido y debe formalizarse escritura de las donaciones exentas de insinuacion, siempre que tengan por objeto cosas inmuebles: es indudable que deben registrarse y por consiguiente que será preciso se estiendan en escritura pública para que pueda el donatario hacer valer su derecho contra un tercero que pretenda tenerlo en la misma cosa, pero no para accionar ó escepcionar contra el donante y sus herederos, segun el espíritu y la letra del art. 2. de la l. 3. tít. 16. lib. 10 de la Nov. Recop.

(63) Opino que serán castellanos de oro de nuestro reino; lo que se manifiesta por lo que anota Paul. de Castr. en la l. 4. C. *de serv. fugit.* y en la l. ult. C. comm. *de legat.*, donde especialmente habla de estos quinientos aureos, y por lo que dice Juan. de Plat. en la l. 5. C. *de suscept. et archar.* y en la rubr. C. *de veter. numism. potest.* y Abb. en el cap. *conquærente, de offic. ordin.*, añádase lo anotado en la l. 2. tít. 11. Part. 3. — * Esta es tambien la opinion de Covarruvias: oigámosle sobre la materia: «De todo lo susodicho se saca en limpio, que el maravedi de oro contenido en las leyes de las Partidas, se ha de entender y juzgar de peso de un castellano: pues los que hizieron aquellas leyes tuvieron respecto á la moneda antigua de oro, trasladando como trasladaron leyes tan antiguas, y haciendo recopilacion de ellas. Para esto ay una razon á mi juizio de mucha fuerça; los que hizieron dichas leyes de las Partidas y las recopilaron, entendieron muy bien el peso del sueldo aureo de Justiniano, y como pesaba lo que pesa un castellano. Tuvieron ansi mesmo entendido que el sueldo, y el aureo eran de un mesmo peso; y con esto está llano, que los dichos authores no quisieron alterar cosa alguna de las leyes que trasladavan, y si alguna vez alteraron algo, fué pensando que no hacian mudança alguna, y non entendiendo las leyes como se han entendido por otros: y ansi en todos los lugares do el derecho comun haze mencion de sueldo, ó aureo, trasladaron maravedi de oro, ó maravedi simplemente, entendiendo de oro. De lo qual parece, que los dichos autores dieron á entender, que el maravedi de oro contenido en las leyes antiguas de estos reynos, fechas antes del rey D. Alonso X, y del rey D. Hernando III, su padre y otros reyes proximos á estos, era del peso que es agora un castellano: quiero dezir la sexta parte de una onza de oro, y tal que 72 hacian una libra romana de 12 onzas.» *Collatio veter. numis.* cap. 6 núm. 4.º Partiendo de este supuesto, tendrémos que 48 castellanos compondrian el marco, y los 500, 10 marcos y $\frac{20}{48}$; ahora bien, como el marco de Castilla equivale á 8 $\frac{1}{2}$ onzas de oro, moneda corriente, es de ahí que los 500 castellanos corresponderian á 28,333 rs. vn. con algunos maravedis. Pero si el castellano no era exactamente en el siglo 16, la sesta parte de la onza de marco, sino que ya entónces contenia 50 el marco, de la misma manera que en tiempo de Felipe V, segun el auto único, tít. 22. lib. 5. de los Aut. acord., tendremos que los 500 nos compondrán 10 marcos cabales, de consiguiente 85 onzas de oro, moneda corriente, equivalentes á 25,600 rs. vn.; y es la misma cantidad que halla Febrero partiendo de los maravedis que valia el castellano en el siglo XV. Otros tomando los maravedis de que habla esta ley por sueldos de oro obtienen la cantidad de 7,352 rs. vn. 32 mrs. En vista de esta discrepancia, dice el mismo Febrero, que convendria recayese una declaracion sobre este punto, para evitar dudas ocasionadas de la alteracion que ha sufrido la moneda desde la formacion de las Partidas. Hay otra causa aun que hace necesaria la declaracion, ó mejor, una nueva disposicion, á saber, la baja que ha sufrido desde el siglo XIII el valor de la moneda: la cantidad de oro de los 500 maravedis de que habla esta ley, dista mucho ahora de ser el mismo valor real de entónces. En el reinado de Felipe II, segun observa Covarruvias, se necesitaban diez, quince y hasta veinte reales, para comprar lo que con un real del mismo peso se hubiera comprado en los siglos anteriores; lugar cit. n. 1.

(64) Y si se hiciese remision de deuda que esceda dicha suma será necesaria la insinuacion? Juan Andr. en las adic. al *Specul.* tít. *de instrum. edit.* §. *porrò*, dice que no, así como Salic. en la l. 5. C. *de pact.*; empero, la Glos. en la l. 115. D. *de regul. jur.* y Bart. en la l. 23. D. *de donat.* están por la afirmativa, y esta es la opinion mas comun, segun Alex. en la cit. l. 5. C. *de pact.*

ley, lo que fuesse dado demas, non valdria. Fueras ende, si lo fiziesse (*l*) con carta, e con sabiduria (65) del mayor Judgador de aquel logar (66), do fiziesse la donacion.

(*l*) por carta ó con sabidoria Acad.

y allí V. Jas. y Socin. ¿Y cuando se remite la pena de comiso será menester la insinuacion? Bald. dice que no en el cap. 1. princ. *quid. jur. si post. alien. vassall. fend. redem.*

(65) No basta la presencia del escribano y de los testigos, si falta la del juez: así opina Paul. de Castr. en la l. 45. D. *de rejudicat.* y Alex. en el mismo lugar; y lo mismo habian decidido antes que ellos Cin. y Bald. en la l. últ. C. *qui admitti.* á quienes no citan; y en el mismo lugar dice Jas. que de esta suerte opinó en un caso particular sobre el cual fué consultado: Paul. de Castr. en la cit. l. 45. añade, que de lo contrario las leyes que prescriben la insinuacion serian inútiles, toda vez que de cualquier donacion se redacta escritura: añádase que en nuestro reino toda donacion que esceda los quinientos aureos se insinúa ante el juez, y que faltando esta circunstancia, la donacion se escepciona como defectuosa en el foro, y siempre se declara nula por mas que conste en instrumento público: sin embargo, si la donacion se hizo *apud acta* no puede dejar de ser válida, ya que todos los actos judiciales suponen la presencia del juez, l. 45. cit. y l. 28. C. *de transact.*: de ahí es que el inventario hecho *apud acta* se supone insinuado, Bald. en la Auth. *si omnes, C. si minor ab hæredit. se abstin.*; ahora, si la donacion se hiciese ante el escribano y testigos será indispensable la insinuacion: y en efecto, queda cumplida la formalidad de la insinuacion, no solo cuando la donacion se otorga en presencia del juez, si que tambien cuando despues de formalizada la escritura se le notifica, segun la l. 25. C. *de donat.* y allí Ang., y la l. 30 del mismo tít. junto con lo anotado por Bald. y Ang., y lo comprueban tambien las anotaciones de Juan. Andr. al tít. *de instrum.* §. *porro*, adic. *magna* sobre la palabra *subscribat.* ¿Y si el escribano que autoriza la donacion tuviese al mismo tiempo el carácter de juez? Alex. consil. 157. vol. 2., donde empieza *viso instrumento donationis*, col. 1. y 2. sostiene, que entónces el escribano hace las veces de dos personas, y de consiguiente, que la insinuacion queda hecha por el mismo acto, en cuanto tiene aquel el carácter de juez. ¿Se requiere que el juez apruebe espresamente la donacion ó bastará la simple notificacion? La Glós. en la Nov. 52. cap. 2. sobre la palabra *gestis monumentorum*, opina por la espresa aprobacion; y fundado en ella sienta lo mismo Guill. en la l. 19. C. *de Sacros. Eccles.*, quien añade ser necesario para la aprobacion el conocimiento de causa, para que no quede engañado el donante, l. 27. C. *de donat.*, y que puede y debe ser interrogado acerca de los motivos que tiene para disminuir su patrimonio: esta opinion de Guill. la refiere Bald. en la l. 3. D. *de adop.* 1. lect. col. 2. vers. *tertia quæstio.* Lo contrario sostiene Bart. en la l. 23. D. *de donat.*, y Bald en la cit. l. 19. dice que sobre el particular se halla un caso en la l. últ. C. *de præd. decur.*, cuyo testo no prueba bastante, por que no dice que la donacion fuese escesiva: que no concluye la l. cit. lo dijo ya, pero sin indicar la razon, Juan. de Plat. en la l. 1. C. *de apoch. public.* Nuestra ley parece aprobar la opinion de Bart. cuando dice *con sabiduria*: sin embargo la opinion de la Glos. y de Guill. seria tal vez adoptable cuando á la insinuacion se opusiese alguien, por ej. los parientes del donante, alegando que procedia de ligereza ó de causa torpe, segun la declaracion de Baldo en la l. 9. §. 1. D. *de offic. proconsul.* col. 2.— * Segun la lectura de la Academia de la Historia, no seria absolutamente necesaria la insinuacion en caso alguno, pudiendo hacerse la donacion con escritura ó con conocimiento del juez; al paso que segun la de Greg. Lopez la escritura y dicho conocimiento se exigen á la vez, cuando la donacion escede de la cantidad marcada: empero, sea cual fuere la genuina leccion de esta ley, la que no es fácil deducir del contesto de la misma, parece indudable que existiendo discrepancia hemos de decidirnos por el testo de Gregorio Lopez: porque, si bien el de la Academia quedó aprobado como legal por Rl. órden de 8 de Marzo de 1818, fué bajo el supuesto de no discrepar en lo sustancial del de Greg. Lopez, segun en la misma Rl. órden se espresa. Por lo que mira á si en la insinuacion se requiere ó no conocimiento de causa, las leyes y la práctica de todos los tiempos deponen contra semejante suposicion, pues que constituyen enteramente pasivo al juez. En efecto, en el derecho romano se manifiesta esplicitamente que la insinuacion se reducia á la inscripcion del acto en los registros de la magistratura, l. 25. 27. y 30. C. *de donat.* La inscripcion se hacia prévias ciertas formalidades, cuya observancia continuaba aun despues de la caida del imperio de occidente: varios documentos nos las han conservado con toda exactitud, y en particular el de una donacion hecha por el rey Odovacar á favor de un tal Pierio, de ciertos bienes inmuebles situados en Sicilia: los apoderados de Pierio comparecen ante la curia de Ravena pidiendo la insinuacion: léese la escritura, se transcribe literal en los registros, y luego la curia manda una comision á Marciano notario real, á fin de com-

LEY 10. *Como por razon de desconoscencia se puede reuocar la donacion.*

Desconoscientes son los omes a las vegadas, contra aquellos que les dan algo, o les fazen alguna gracia (67); e porende touieron por bien los Sabios antiguos, que non fincassen sin pena, e establescieron quatro razones, que por qualquier dellas deue perder la cosa que le fue dada. La primera es, quando aquel que rescibe el donadio, es desconosciente contra aquel que gelo faze; faziendole grand desonrra de palabra (68),

pulsar la escritura, la que aparecia autorizada por este: vuelve la comision, declara la autenticidad del documento, se inserta esta declaracion en los registros, y se entrega copia de todo lo obrado á los apoderados de Pierio. Llenadas estas formalidades, dichos apoderados y un mandatario del Rey van á Siracusa con aquella copia, y la hacen transcribir en los registros, y en seguida la curia comisiona un *decemprimus*, para asistir á la entrega de los inmuebles: al dia siguiente las partes comparecen de nuevo ante la curia, deponen acerca de la tradicion, y anotado esto en los registros, se les entrega copia de todo; Marini, *papiri diplomatici*, N. 82. y 83., Savigny, Historia del derecho romano en la edad media, tom. 1. cap. 5. §. 106. La ley de Partidas tampoco requiere conocimiento alguno de causa, y si solo que se haga la donacion *con carta, e con sabidoria del judgador mayor de aquel logar*. En la práctica el donante acompaña con un pedimento la escritura de donacion y pide al juez que la tenga por insinuada, que la apruebe y que interponga su autoridad; y el juez con un auto así lo declara, y manda entregar el espediente original al donante. Una reflexion se presenta, á saber, que si bien nuestra práctica está conforme con la romana en punto á no exigir aprobacion propiamente tal, dado que está no existe cuando no media conocimiento de causa: discrepan estraordinariamente, tanto por lo que mira á las formalidades, como en órden á la naturaleza del tribunal: allí los actos se verificaban ante la curia ó senado de la ciudad; aquí ante un hombre solo; aquí basta un simple pedimento, allí se necesitaba una serie de actos ejecutados con escrupulosidad; allí, en fin, todo tendia á impresionar al donante; aquí, nada de esto, bastando que el donante ponga su firma al pié del pedimento de insinuacion, que quizás será escrito por el donatario.

(66) Nótese que esta l. declara en presencia de que juez debe hacerse la insinuacion: en el derecho comun no lo hallamos tan espreso, como puede verse en la l. 30. C. *de donat.* y en la Nov. 15. cap. 2., y lo nota Juan. Andr. en las adic. al *Specul.*, lugar citado en la nota anterior.

(67) ¿Y si la donacion fuese remuneratoria será revocable? parece que no, atendido que no se considera donacion propiamente tal, segun la l. 27. D. *de donat.* y arg. l. 34. §. 1. del mismo tít. y allí la Glos.; y lo mismo opinan la Glos. en la l. últ. C. *de revoc. donat.* y Abb. en el cap. últ. *de donat.* col. pen. Lo contrario sostiene Baldo en el cap. 1. col. pen. vers. *dicit dominus Jacobus de Ravena*, fundado en que la ingratitud prepondera sobre los méritos anteriores, *ultima culpa nocet*, l. 51. D. *de action. empt.*, pero ten presente lo que llevo dicho, porque se prueba en la cit. l. 34. §. 1. donde la Glos. así lo afirma, y añad. Jas. en la l. 5. D. *de just. et jure*, col. 13. Nótese que la dote no puede revocarse por el padre so pretesto de ingratitud, segun Bald. en la l. últ. C. *de dot. promiss.* col. 3., Bald. é Imol. en la l. 4. D. *solut. matrim.* col. 7. y Jas. en el §. 29. *Instit. de action.* col. 22. y esto es indudable respecto del padre, porque teniendo obligacion de dotar, l. 19. D. *de ritu nuptiar.* el acto no puede decirse una mera liberalidad; cuando el dotante es un estraño ya tenemos donacion y por lo mismo será revocable, por lo menos respecto de la muger: véase lo que dije arriba en la l. 8. sobre la palabra *diez*. Y si en la fundacion de un mayorazgo se previniese, como á veces sucede, que el desobediente para con el padre ó respecto del poseedor, quede privado de la sucesion ¿procederá lo dispuesto contra el desobediente que no se hallaba en el grado inmediato? v. l. últ. D. *de bon libert.*, y hace para el caso la l. 25. D. *de testam. milit.*, donde Bart. sostiene la negativa: podria quizás esceptuarse el caso de ser un nieto primogénito, el cual de todos modos debe suceder no incurriendo en culpa y no sobreviniéndole la muerte: arg. l. 27. D. *de bon. libert.* y l. 5. C. *de incest. nupt.* y v. l. 17. D. *de jure patronat.* — * En cuanto á si es ó no donacion propiamente tal la remuneratoria, véase la nota 39, y adviértase que en el caso de la l. 27. D. *de donat.* los servicios que se remuneran son principalmente los que un profesor prestó enseñando y educando al donante, servicios cuyo precio el uso fija, y que de consiguiente son muy distintos de los que por lo general producen las obligaciones llamadas imperfectas. Por lo que mira á la dote constituida por un estraño, véase lo que dijimos en la misma nota. La que constituye el padre, se considera siempre causa onerosa, l. 1. tít. 6. lib. 10. de la Nov. Recop.

(68) Así lo entendió Juan. Andr. en el cap. últ. de este tít.: sobre las injurias personales no hay dificultad; así como en el caso que hubiese puesto en fuga al donante ó que lo tenga encerrado, aunque no lo hubiese herido con sus manos, segun el citado Andr. y Alber. en

o accusandole (69) de algund yerro, por que ouiesse de rescebir muerte, o perder algund miembro, o cayesse en enfamamiento, o perdiesse la mayor partida de lo suyo, si le fuesse prouado: ca, como quier que otro alguno pueda dezir contra la persona del que faze el donadio, non lo puede dezir, ni deue, el ome que rescibe el algo del. La segunda es, faziendole tuerto de fecho, metiendo manos yradas (70) en el. La tercera es, faziendo grand daño (71) en sus cosas. La quarta es, si se trabaja en alguna manera de su muerte. Mas si muger alguna (72), auiendo fijo de su marido, despues de la muerte del faze donacion (73) al fijo, e se casa con otro; como quier que diximos de suso, que son quatro razones, por que puede ome reuocar la donacion, en tal caso como este non son mas de tres. El primero es, si despues de la donacion se trabajo de la muerte de la madre. El segundo, si metiere en ella manos yradas. El tercero es, si se trabaja de fazerle perder todos sus bienes, o la mayor partida dellos. E por qualquier destos tres casos sobredichos puede tal madre reuocar la donacion que ouiesse fecho a su fijo. Estas razones de desconoscencia, que dezimos en esta ley, puedelas poner, e razonar, aquel que fizo la donacion. E si el se callare ende en su vida, sus herederos (74) non la pueden retraer, nin querellar despues.

LEY 11. *De las donaciones que fazen los*

la l. últ. C. *de revoc. donat.*: y por esta ley y el cit. cap. últ. se ve que no se necesita que la injuria real ó verbal sea repetida, como lo supuso Fab. en el §. 2, Instit. *de donat.* movido por la palabra *effundat* de que usa la cit. l. últ.

(69) Téngase esto presente, pues que no se halla espreso en el derecho comun, v. l. 14. §. 6. D. *de bon. libert.*, junto con otros §. §. de la misma ley.

(70) En la cit. l. últ. y en el cap. últ. tambien cit. se dice *impias manus;* así que no procederá la revocacion si el donatario, defendiéndose ó de otra suerte sin intencion de injuriar al donante, le hirió, segun el cap. 10 y el 12 *de pœn.* y el cap. 3. §. §. pen. y últ. *de sentent. excommunicat.* y Joan. Andr. en el cit. cap. últ. dice ser lo mismo si se hizo en tono de broma, ó bien ignorando que fuese el donante, puesto que no cabe la ingratitud en el que se equivoca acerca de la persona á la cual dirige la injuria, l. 50. D. *locat.* y el cap. 2. *de sentent. excommunicat.*: segun él mismo no impedirá la revocacion el que el donatario se hubiese valido de una tercera persona para injuriar al donante, cap. 17. q. 4. junto con el cap. 6. al fin *de sentent. excommunicat.*, y lo mismo dice tendrá lugar si en vez de herirle con la mano lo hizo con el pié.

(71) Procede la disposicion de la ley aunque el perjuicio irrogado no tenga por objeto el patrimonio entero ni su mayor parte: porque, abrazando una parte pequeña de él, puede muy bien ser un grave daño: penderá pues esto del arbitrio del juez, segun Juan Andr. en d. cap. últ. col. últ. y dice probarse en el cap. pen. del mismo tít. ¿Y si no hubo mas que tentativa que salió frustrada? Juan Andr. en el lugar citado se inclina á que no procederá la revocacion; sin que obste la disposicion del siguiente caso, porque el mero hecho de causar el riesgo es un delito consumado.

(72) Concuerda con la Auth. *quod mater.* C. *de revoc. donat.*

(73) ¿Qué dirémos si el donante prometió no revocar la donacion por causa de ingratitud? véase lo que dije en la l. 67. tít. 18. Part. 3. Y si fuesen dos ó mas los donatarios de una misma cosa indivisa, y recayese la ingratitud contra uno de ellos ¿se revocará la donacion por el total? Sírvate para la solucion la l. 30. §. 4. D. *qui et à quibus* y lo que dice allí la Glos., y v. Alber. y la Glos. en la l. 2. C. *de libert. et eor. liber.*

(74) Añád., ll. 1. últ. y 7 y en esta Bald. C. *de revoc. donat*, y el cap. últ. de este tít.; pueden verse tambien la l. 30. pinc. C. *de inoff. testam.* la l. 3. §. 5. D. *de bonor. possess. contr. tabul.*, l. 1. al fin. D. *ad Silanian.*, l. 2 y 17. D. *de jur. patronat.* y l. 26. D. *de probat.* Si el donador durante su vida manifestó con algun hecho que no remitia la injuria, ya fuese preparando la accion ya de otra suerte, pasará esta accion á los herederos, l. 7. C. *de restitut. milit.* l. últ. C. *de injur.*, l. 6. §. últ. y l. 36. al fin C. *de inoff. testam.* Lo mismo tendrémos si en el acto de la donacion se conviniese espresamente que en caso de ingratitud quedará por el mismo hecho revocada; pues que la accion de injuria que trae consigo ejecucion pasa á los herederos, segun lo anotado en la l. 3. §. 5. D. *quod quisq. jur.* y lo sienta Bald. en el §. *insuper de prohibit. feud. alien. per Freder.* vers. *ex is etiam,* al cual sigue Florentino en d. cap. últ., si bien Juan de Imol., col. 6. al fin trata de impugnar esta opinion: sin embargo, parece es la mas comun y la mejor fundada, y la sostiene Bart. en d. l. 1. D. *de privat. delict.* col. 1. al fin, así como Alvarot. y el card. Alex. en el cit. §. *insuper* y Socin. consil. 66. col. pen. vol. 3. Se transmitirá tambien la accion indistintamente si el donante ignoró la causa de la ingratitud, y tambien si sabedor de ella no tuvo tiempo para ins-

omes seyendo enfermos; quales deuen valer, e quales non.

A las vegadas fazen los omes donaciones (75), estando cuytados en enfermedades, o temiendo otros peligros, de que non cuydauan estorcer: e porende queremos aqui fablar de las tales donaciones. E dezimos, que la donacion que ome faze de su voluntad, (m) estando enfermo, temiendose de la muerte (76), o de otro peligro, que vale (77). Pero tal donacion como esta puede ser reuocada, en tres maneras (78). La pri-

(m) estando enfermo et temiendose.

tituírla ni para prepararla, argum. cap. 52. *de elect.* y cap. últ. *de donat.* y lo que dice la Glos. en la l. 27. C. *de fideicomm.* y en la l. 10 C. *de his quib. ut indign.*, y segun Juan Andr. y Abb. en d. cap. últ. Adviértase que nuestra ley se refiere á las donaciones que por su naturaleza son irrevocables: ahora, si la donacion fuese revocable hasta la muerte, como las que se hacen por via de mayorazgo ó de mejora de tercio y quinto, parece que la revocacion se verificará de derecho, argum. l. 3. §. últ. D. *de alim. legat.* Sin embargo, si el prelegado ó donacion revocable equivaliere á una institucion de heredero, será necesaria la desheredacion; y á la institucion se equipara el prelegado cuando es de grande cuantía, Bart. en la l. 3. D. *ad trabell.* Nótese que aun cuando despues de la causa de ingratitud haya sobrevenido una grande calamidad al hijo ingrato, no por esto se revalidará la donacion, aunque se alegue la conmiseracion por parte del padre, l. 8. §. 9. D. *de bonor. possess. contr. tab.* Otra cuestion ¿puede el donante instaurar su accion contra el heredero del donatario? Parece estar por la negativa la Glos. en d. cap. últ., por lo mismo que el donante dejó de accionar durante la vida del donatario, y lo mismo opina la Glos. últ. en d. l. últ., y en el mismo lugar Cin. Bald. Ang. y Juan Andr. y Abb. en d. cap. últ.; y en efecto esta accion es á manera de la que dimana de injuria recibida; de consiguiente, no habiéndose instituido no compete contra el heredero ni al heredero, l. 2. §. 4. D. *de colat. bonor.* y lo anotado en la l. 62. C. *de decurion.* y y allí Juan de Plat. Obsta al parecer la l. últ. C. *de adulter.*, donde hallamos que si fallece la muger antes de haberse instaurado la cuestion de adulterio, puede no obstante el marido accionar contra el heredero de la misma: contéstese por lo que espone Imol. en d. cap. últ. col. 6, coligiéndose de lo que dice,que si la cosa no fuese entregada al donatario, y sí solo prometida, puede el donante defenderse mediante escepcion contra el heredero de aquel.

(75) Nótese que bajo la palabra general *donacion* no siempre viene comprendida la que se hace por causa de muerte, porque no se considera donacion propiamente tal, l. 1. §. 1. D. *de donat.*: infiérese de aquí que si esta palabra se usa *permissivè* no viene entónces comprendida la donacion *mortis causa*, l. 2. D. tít. cit.; si se usa de ella prohibitivamente, como si la ley digese que las mugeres no pueden donar, quedará comprendida entónces la donacion *mortis causa*, Bald. en el cap. 1. princ. *de prohibit. feud. alien per Freder.* n. 26. y en consecuencia la ley del reino que prohibe á las mugeres el contratar sin licencia del marido, será estensiva á las donaciones *mortis causa*. Empero se opone á esto la l. últ. C. *de donat. mort. caus.* Podria quizá distinguirse entre la donacion *mortis causa* hecha por medio de pacto ó de estipulacion y la que se ha verificado sin él, y no exigir el consentimiento del marido en el segundo caso, porque el acto se acerca mas á la naturaleza de las últimas voluntades: colígese esta distincion de lo que dice Bald. en la l. 1. C. tít. cit. Y sobre si dar es contratar, véase la l. 7. C. *de his quæ vi, metusve causa*, y allí la Glos.

(76) Es pues indispensable que se haga mencion de la muerte ó del peligro que se teme, para que la donacion sea por causa de muerte; sin que baste que la donacion parta de un moribundo, l. 42. §. últ. D. *de donat. mort. caus.* y Az. C. tít. cit. en la suma: si pudiese inferirse del contesto de la escritura, no habrá dificultad, Bart. en la l. 33. D. *solut. matrim.* col. 2., y en caso de duda, si se hace mencion de la muerte, la donacion se presumirá ser *mortis causa*, argum. l. 42. §. últ. y l. 11. D. *de dot. prolegat.*, la Glos. en la l. 18. §. 2. D. *de donat. mort. caus.*, Cino y otros en la l. 2. C. *de jur. dot.*, y en esta materia es notable el cap. 4. *de sepultur.*; véase además Alex. consil. 14 y 81. vol. 1. y consil. 78. vol. 4. y Socin. consil. 53. vol. 1. y consil. 232. vol. 2. Cuando la donacion por causa de muerte se hace por el que está acometido de grave enfermedad, ó de otra suerte en peligro de perder la vida, se entiende con la condicion de si no escapare de aquel riesgo; lo que no tiene lugar en la institucion de heredero, segun Bald. en la l. últ. C. *de postum. hæred. instituend.* En cuanto á sí tienen el valor de donacion entre vivos ó por causa de muerte, las fórmulas aquellas, *te doy para despues de mi muerte, gozarás de mis bienes despues de mi muerte*, v. Bald. en las l. l. 5 y 12. C. *ad leg. falcid.*

(77) ¿Y el dominio se transmitirá sin entrega? V. Bald. en la l. 5. C. *ad leg. falcid.*

(78) Añád. §. 1. Inst. *de donat.*, l. 19. D. si *cert. petat.* y l. 35. D. *de donat. mort. caus.*: el donante

mera es, si se muere ante aquel a quien es fecha, que el otro que la fizo. La segunda es, si aquel que la fizo, guaresce de aquella enfermedad, o estuerce de aquel peligro, por que se mouia a fazer la donacion. La tercera es, si se arrepiente ante que muera. Ca tal donacion como esta puede ser fecha por todo ome (79) que ha poder de fazer testamento: e deuese fazer (80) delante cinco testigos (81) a lo menos. E maguer diximos en el Titulo de los Testamentos, que el fijo que esta en poder del padre non puede fazer testamento (82); con todo esso bien puede fazer tal donacion como esta, con otorgamiento (83) de su padre: e sera valedera. E sobre todo dezimos, que si el ome fiziesse donacion por premia que le fiziessen, o por miedo (84) que ouiesse, que le matarian, que tal donacion como esta, que non valdria.

TITULO V.

DE LAS VENDIDAS, E DE LAS COMPRAS.

Vendida, é compra, es vna natura de pleyto, que vsan mucho a menudo los omes entre sí, porque es cosa que non pueden escusar. Onde, pues que en el Titulo ante deste fablamos de las donaciones, queremos aqui dezir de las vendidas, e de las compras. E monstraremos, que cosa es vendida. E quien son aquellos que la pueden fazer. E en que manera (*a*) puede ser fecha. E de que cosas. E a quien pertenesce el pro, o el daño, de aquello que es vendido, si se empeora, o se mejora. E que cosas, e que pleytos son aquellos, que deuen guardar, e fazer, (*b*) entre los que venden, e compran. (*c*) E sobre todo esto mostraremos, por quales razones se puede desfazer la vendida, despues que es fecha.

LEY 1. *Que cosa es vendida.*

Vendida, es vna manera de pleyto que vsan los omes entre si; e fazese con consentimiento de las partes, por precio cierto (1) en que se auienen el comprador, e el vendedor.

(*a*) debe seer fecha, Acad.
(*b*) entre sí los que Acad.
(*c*) et sobre todo mostraremos Acad.

recobrará el predio, que fué objeto de la donacion, juntamente con los frutos, l. 12. D. *de condict. caus. dat.* y puede dirigirse contra el comprador á quien vendió la cosa el donatario, segun Bart. en la l. 37. §. 1. D. *de donat. mort. caus.*

(79) ¿Para que valga la donacion por causa de muerte hecha por un menor se necesita que la corrobore con juramento? Baldo está por la afirmativa cuando la donacion empieza por simple promesa, en el §. *item sacramenta*, col. 3. *de pace juram. firmand.*

(80) Para la validez de la donacion por causa de muerte ¿será menester la presencia del donatario? La Glos. en la l. 1. C. *de donat. caus mort.* así lo afirma: pero distíngase como allí lo hace Salic. siguiendo á Din. y v. l. 38. D. del mismo tít., y lo que nota Bald. en la l. 3. C. *qui testam. facer. poss.* vers. *modo formatur talis quœstio.*—* Para decidir esta cuestion basta atender que la donacion por causa de muerte y el legado, solo se distinguen en cuanto al nombre, l. l. 15 y 37. D. *de donat. caus. mort.*

(81) Añád. l. últ. C. *de donat. caus. mort.*: en cuanto así se presumirá donacion entre vivos, cuando no intervino este número de testigos v. Socin. consil. 232. vol. 2. col. 1.

(82) Ahora por la l. 5. de Toro el hijo de familias que tiene la edad legal puede hacer testamento.

(83) Añád. l. 25. §. 1. D. *de donat. mort. caus.*, y limítese á tenor del cap. 4. *de sepultur.* lib. 6.: por lo que mira á sí será menester que fallezcan entrambos, es decir, padre é hijo, á fin de que la donacion se confirme, la Glos. en la l. pen. C. *de donat. caus. mort.* opina ser bastante la del hijo; en este punto distíngase con Baldo y Salic. en el mismo lug., véase tambien á Bart. en la l. 2. §. 1. D. *de donat.* col. últ. y en la l. 8. D. *de donat. mort. caus.* y allí tambien la Glos.

(84) Añád. l. 7. C. *de his quœ vi metusve causœ.*

(1) No hay venta sin precio, segun esta ley y la l. 9. del mismo tít. y el §. 1. Instit. *de empt. et vendit.*, donde Juan Fab. dice bellamente, que aun cuando se presentase escritura en que se diga haberse vendido por precio cierto, pero sin decifrarlo, no será bastante esta espresion; así como si los testigos del contrato depusieran lo mismo contra el vendedor, pero no si contra de un tercero, segun Bald. en la l. 1. C. *de reb. alien. non alienen.*, Alex. consil. 18. vol. 1. y Socin. consil. 208. vol. 2. col. 2. Y procede esta ley aunque el vendedor diga, que vendió por el justo precio; pues que de no determinarse se sigue la nulidad de la venta, segun Juan de Imol. en la l. 3. D. *de verb. oblig.*, col. 2.; sin que obste la l. 16. §. últ. D. *de pignor.*, porque el caso de la misma es especial. Empero ¿no se dará á lo menos la accion *prœscriptis verbis* si el comprador ó arrendatario hubiese entrado en el goce de la cosa? Azo. en la suma Instit. *de locat.* así lo afirma, fundado en el §. 1. del mismo tít.

LEY 2. *Quien puede fazer vendida, e quien non.*

Aquellos omes dezimos que pueden comprar, e vender, que son atales que se pueden obligar (2) cada vno dellos, el vno al otro. E porende, lo que vendiesse el padre al fijo que tiene en su poder, o el fijo al padre, non valdria, porque non pueden fazer obligacion entre si. Ca, como quier que sean dos personas segun natura, segun derecho son contadas por vna (3). Mas si el fijo ouiesse ganado alguna cosa, de aquellas ganancias que son llamadas castrense, vel quasi castrense, segun diximos en el Titulo que fabla del poder que han los padres sobre sus fijos, de tales cosas como estas bien podria fazer vendida a su padre.

LEY 3. *Como ninguno non deue ser apremiado, de vender lo suyo.*

Fuerça, nin premia non deue ser fecha a ninguno, de vender (4) lo suyo, ni otrosi, de com-

cuya opinion sigue Bald. en la l. 17. C. *de fide instrum.* col. 3.; y en semejante caso el precio se fijará á juicio de buen varon, segun Bald. *Novell.* en el tratado *de dote,* fol. 11. col. 1. y Jas. en la l. 113. D. *de verb. oblig.* col. 7.; con todo v. l. 25. princ. D. *locat.*: pero yo insiguiendo los mismos principios de Azo. y atendido el §. cit. de las Instit., entiendo que la decision dicha debe concretarse al caso que la cosa vendida hubiese sido consumida por el comprador ó que hubiere perecido en poder del mismo; de otra suerte el arbitrio de buen varon tendria por objeto fijar el precio no de la cosa misma, sino del uso ó provecho que de ella se habia sacado. Examínese bien esta distincion, la que no se encuentra hecha por los D. D.

(2) Prohija las palabras de Azo. en la suma C. de este tít. col. últ. vers. *contrahitur autem venditio*; v. l. 4. tít. 11. de esta Part.

(3) Añád. l. últ. C. *de impuber. et al. substit.* al fin, y la Glos. en la l. 2. C. *qui ætat.* y Alex. consil. 48. vol. 1. col. 1.

(4) Añád. l. 11. C. *de contrah. empt.* y l. 16. C. *de jur. deliber.* y en entrambas trae la Glos. algunas escepciones de la regla, así como Jas. en la l. 16 cit., en la que Alber. cita tambien algunos, á saber, el de la l. 13. §. 17. D. *de act. empt.*, el de la l. 2. C. *de commun. rer. alien.*, el de la l. 1. C. *nemin. lic. in empt. especier.* y el de la l. 1. C. *de metall. et metall.*, y añade que el estudioso lector podrá quizá hallar otros casos. Yo en mis investigaciones hallé uno en las l. l. 35. y 36. D. *mandat.*, otro en la l. 2. C. *de debitor. civit.*, donde pueden verse Bart. y Joan. de Plat. y otro en la l. 7. §. últ. D. *commun. dividun.*; añád. l. 22. C. *de curs. public.* y allí Juan de Plat., y v. Juan Andr. en las adic. al Specul. tít. *de empt. vendit.* §. *prius*, adic. sobre la parte *celsus:* otros dos casos hallamos en la l. 11. tít. 9. lib. 5. del Ordenam. vers. *los maravedis de juro que compraron*, y al fin de la misma ley añádase el caso de la l. 19. tít. 4. lib. 6. del Ordenam. Real. Agréguese á todo lo dicho que uno puede ser precisado á vender sus cosas cuando así lo exige la necesidad de la república, arg. l. 1. C. *de caduc. toll.* al fin, y lo nota Ang. en el § últ. Instit. *de donat.* Además Gulliel. siguiendo a Florian., fundado en la l. 12. princ. *de religios. et sumpt. funer.* dice que si una comunidad religiosa no tuviese lugar suficiente puede pedir que se le señale, y por esta causa se precisa á los vecinos á que vendan de su propiedad cuanto sea menester para el objeto indicado; porque cuando lo exige la utilidad pública puede ser cualquiera compelido á vender sus cosas, y así lo afirma Cépola, citando á otros, en su tratado *de servitut. urban. prædior.* cap. últ.: y siguiendo el mismo principio Juan Andr. en las adic. al *Specul.* tít. *de execution. sentent.* al princ. decia, que para levantar una horca podia un particular ser precisado á vender el solar correspondiente.

—*Por el art. 10 de la constitucion de 1837 ningun español puede ser privado de su propiedad, sino por causa justificada de utilidad comun, previa la correspondiente indemnizacion. En la ley de 17 de julio de 1836, despues de declarado inviolable el derecho de propiedad se fijan las circunstancias y formalidades bajo las cuales puede uno ser obligado á enagenar ó ceder su propiedad para obras de interés público; y son: 1°. declaracion solemne de que la obra proyectada es de utilidad pública y permiso competente para ejecutarla: 2°. declaracion de que es indispensable que se ceda el todo ó parte de una propiedad para ejecutar la obra de utilidad pública: 3°. justiprecio de lo que haya de cederse ó enagenarse: 4°. pago del precio de la indemnizacion, art. 1. de la l. cit. La forma de estas declaraciones, personas que deben hacerlas, lo relativo al justiprecio etc. se halla esplanado en los demás artículos de esta ley, que ponemos á continuacion. Art. 2°. Se consideran obras de utilidad pública las que tienen por objeto directo proporcionar al Estado en general, ó á una ó mas provincias, ó á uno ó mas pueblos, cualesquiera usos ó disfrutes de beneficio comun, bien sean ejecutadas por cuenta del Estado, de las provincias ó pueblos, bien por compañías ó empresas particulares autorizadas competentemente. Art. 3°. La declaracion

prar si non quisiere : e si alguno (*d*) la fiziesse a miedo (5), non valdria. Pero si dos omes ouiessen vn sieruo de so vno, e el vno dellos lo qui-

(*d*) lo feciere amidos non valdrie. Acad.

de que una obra es de utilidad pública y el permiso para emprenderla, serán objeto de una ley, siempre que para ejecutarla haya que imponer una contribucion que grave á una ó mas provincias: en los demás casos serán objeto de una Real órden, debiendo preceder á su espedicion los requisitos siguientes: 1°. publicacion en el Boletin oficial respectivo, dando un tiempo proporcionado para que los habitantes del pueblo ó pueblos que se supongan interesados, puedan hacer presente al Gobernador civil (hoy Gefe político) lo que se les ofrezca y parezca: 2°. que la diputacion provincial oyendo los ayuntamientos del pueblo ó pueblos interesados, esprese su dictámen y lo remita á la superioridad por mano de su presidente. Art. 4°. El Gefe político en union con la diputacion provincial, oirá instructivamente á los interesados dentro del término discrecional que se considere suficiente, y decidirá sobre la necesidad de que el todo ó parte de una propiedad deba ser cedida para la ejecucion de una obra declarada ya de utilidad pública, y habilitada con el correspondiente permiso. Art. 5°. Si con la resolucion no se conforma el dueño de la propiedad, el Gefe de la provincia remitirá original el espediente al Gobierno quien lo determinará definitivamente previos los informes que juzgue oportunos. Art. 6°. Los tutores, maridos, poseedores de vínculos y demás personas que tienen impedimento legal para vender los bienes que administran, están autorizados para ejecutarlo en los casos de que se trata, sin perjuicio de asegurar con arreglo á las leyes las cantidades que reciban por premio de indemnizacion en favor de sus menores ó representados. Art. 7°. Declarada la necesidad de ocupar el todo ó parte de una propiedad, se justipreciará el valor de ella y el de los daños y perjuicios que pueda causar á su dueño la espropiacion, á juicio de peritos nombrados uno por cada parte, ó tercero en discordia por ambas; y no conviniéndose acerca de este nombramiento, le hará el juez del partido, procediendo de oficio sin causar costas, en cuyo caso queda á los interesados el derecho de recusar hasta por dos veces al nombrado. Art. 8°. El precio íntegro de la tasacion debe satisfacerse al interesado con anticipacion á su desahucio, ó se depositará si hubiere reclamacion de tercero por razon de enfiteusis, hipoteca ú otro gravámen que afecte la finca, sobre cuyo gravámen decidirán los tribunales ordinarios: además se abonará al interesado el tres por ciento del precio íntegro de tasacion. Art. 9°. Si la obra no llega á ejecutarse y el Gobierno ó el empresario resolviesen deshacerse en todo ó en parte de la finca cedida, el dueño será preferido por el tanto. Art. 10°. Las rentas y contribuciones correspondientes á los bienes que se enagenaren forzosamente para obras de interés público, se admitirán durante un año subsiguiente á la fecha de la enagenacion en prueba de la aptitud legal del espropiado para el ejercicio de los derechos que puedan corresponderle. Art. 11°. No se alteran por la presente ley las disposiciones sobre minas, tránsito y aprovechamiento de aguas ú otras servidumbres rústicas ó urbanas. Tampoco se hará novedad en cuanto á los arbitrios aprobados y contratas celebradas hasta el dia para la ejecucion de obras de utilidad pública. Art. 12°. Un real decreto determinará los medios mas espeditos de aplicar esta ley á las obras de fortificacion de las plazas de guerra, puertos y costas marítimas, dejando siempre para los casos de guerra ú otras circunstancias urjentes, la latitud conveniente á los comandantes respectivos para atender de pronto á lo que pidiese la necesidad, salva siempre la subsiguiente Real aprobacion.

Volvamos al art. 10 de la Constitucion de 1837. Su disposicion es muy lata, y tal que puede á primera vista hacer sospechar que quedan derogadas las leyes sobre minas, tránsito de aguas y otras que tienden á la enagenacion forzosa que no resulta en beneficio directo del público; empero, no fué ese el objeto del citado art., no se propuso borrar de una plumada las limitaciones que las leyes ponen á la propiedad de cáda uno en beneficio de la propiedad en general; y sí solo prevenir los ataques que pueden dirijírsele de parte de las personas públicas.

La ley de Partidas dispone tambien que nadie puede ser precisado á comprar. A pesar de lo terminante de la disposicion y de la justicia que entraña, se introdujo en algunos tribunales el abuso de compeler á mercaderes y á otras personas, á que comprasen los bienes de los delincuentes, así para el pago de los salarios, como para el de las costas y condenas, l. 7, tít. 12, lib. 10 de la Nov. Rec. y de otra parte el fisco y los arrendadores de los tributos, asistidos de un juez comisionado siguieron en posesion de designar compradores forzosos para los bienes de los deudores, cuando no se presentare postura hasta la cantidad de la tasacion, ll. 18 y 20, tít. 7, lib. 9 de la Nueva Recop. Lo primero se prohibió espresamenente por la cit. l. 7: en cuanto á la adjudicacion forzosa de los bienes de los deudores de la Hacienda, se previno ya á últimos del siglo pasado que no se ejecutara sin espresa aprobacion Real, véanse las notas 2, 3 y 5 á la l. 7 cit.; y por Real decreto de 18 de octubre

siesse aforrar, e el otro non, aquel que lo quisiesse franquear, bien podria comprar (6) la parte del otro, maguer non gela quisiesse vender; e dandole precio conueniente (7), e guisado por el, segun aluedrio de dos omes buenos, podriale apremiar por el Juez del logar, que lo resciba, maguer non quiera, e desampare el sieruo, porque pueda ser franqueado. Esso mismo dezimos que seria si alguno ouiesse su sieruo, a que fiziesse premias malas, e sin guisa; como si le diesse poco de comer (8), o si le firiesse de malas feridas, o le mandasse fazer alguna cosa contra razon (9), e contra derecho. E por qualquier destas razones, o otra semejante dellas, pueden apremiar segund derecho a su señor, que lo venda; e es tenudo el señor de venderlo, maguer non quiera: assi como diximos en la quarta Partida deste nuestro libro, en el Titulo que fabla de la libertad.

LEY 4. *Como los Guardadores non pueden comprar ninguna cosa, de los bienes de los huerfanos que tienen en guarda.*

Tutores son llamados en latin, los que son guardadores de los menores de catorze años. E estos tales (10) non deuen enagenar (11) las cosas (12) de los huerfanos; fueras ende, quando

de 1824 (art. 54) se dispuso que en ningun caso se usara de ella, debiendo dejarse abierta la subasta caso de no presentarse postor.

(5) Añád. l. 7. C. *de his quæ vi met. caus.*

(6) Añád. l. 1. §. 1. C. *de comm. serv. manum.*, el §. 1. *instit. de donat.* y la l. 2. tít. 2. Part. 4.

(7) No habrá lugar pues á tasacion, sobre lo que V. l. 1. cit. §. 5. C. *de commun. serv. manum.*, y lo que dije en la l. 2. tít. 22. Part. 4. sobre la parte *por precio derecho.*

(8) Añád. l. 6. tít. 21. Part. 4.

(9) Por ej. si el dueño atentara contra la castidad de la esclava, ya fuese por sí mismo, ya entregándola á otro, l. 2. princ. D. *de his qui sunt sui vel alien. jur.* y allí la glosa primera.

(10) Entiéndase lo mismo de los curadores, l. 2. C. *de præd. minor.*, la rubr. y todo el tít. D. *de reb. eor, qui sub. tutel.*, l. 60. tít. 18. Part. 3. con lo que allí dije y l. 18. tít. 16. Part. 6.

(11) La prohibicion abraza aquí toda especie de enagenacion, l. 4. C. *de præd. minor.*, l. últ. C. *de reb. alien. non alienan.* y Az. en la suma C. *de præd. minor.* col. 2.; comprende tambien la constitucion de hipoteca, l. 1. princ. D. *quæ res pignor. obligar. poss.* y allí la Glos., l. 7. D. *quib. mod. pign. vel hipot. solvit.* y la l, 1. §. últ. y l. 2. D. *de reb. eor. qui sub. tutel.* Sin embargo, el tutor ó curador podrá en general obligar los bienes del huérfano en garantía de los contratos para los cuales la ley le autoriza, á semejanza de la facultad que tiene el prelado, segun el cap. *nulli* 5. *de reb. eccles. non alien.* y allí Host., Juan Andr. Card. y Abb., y lo trae Alex. consil. 118. col. pen. vol. 5. vers. *insuper,* diciendo ser esta la opinion mas recibida. Empero, aunque esto proceda respecto del prelado, al cual se le prohibe la especial hipoteca, mas no la general, segun el cit. cap. 5. y el cap. 1. de la Nov. 7. y allí la Glos.; opino que el tutor ó curador, al hipotecar generalmente los bienes del pupilo, obligará los muebles, mas no los inmuebles, á no ser que precediere el decreto del juez, en virtud de lo que llevamos dicho y de la l. pen. C. *de his qui ven. ætat. impetrav.*; en efecto, la misma razon que para la hipoteca especial, existe para prohibir la general de los inmuebles, pues que una vez constituida puede conducir esta de la misma manera que aquella á la enagenacion de dichos bienes, razon que tocante al prelado alegaban Anton. y Juan. de Imol. en el cit. cap. 5; añádase la rubr. D. *de reb. eor. qui sub. tutel.* y Juan de Plat. en la l. 2. C. *de præd. decur.*, y v. la Glos. y Bald. en la l. 3. C. *si res alien. pign. data sit.*

(12) ¿Vienen tambien comprendidos los bienes muebles á semejanza de lo prevenido por la l. 22. C. *de administr. tutor.*? Parece que no, y si solo los inmuebles, segun la l. 18. tít. 16. Part. 6. Esta ley habla de un modo general, así que aun cuando la l. 18. cit. esceptue únicamente los esclavos antiguos, parece deberá tener lugar lo mismo respecto de las demás cosas muebles que pueden servir al huérfano y sea fácil conservarlas, segun la l. 22. cit.: y la razon exige que no se permita al tutor enagenar los muebles preciosos, pues que se equiparan á los inmuebles, como lo nota la Glos. en el cap. *tua, de his quæ fiunt á Prælat. sine consens. capitul.*, y el cap. único *de cleric. ægrot.* lib. 6. En cuanto á si puede ó no dar en prenda las cosas muebles, en provecho del menor. v. l. 8. tít. 13. de esta Part. — *Hablando esta ley en general de las cosas de los huérfanos, deberá entenderse á tenor de lo establecido en la cit. l. 18. tít. 16. Part. 6. la que limita á los raices y á ciertos esclavos la prohibicion de enagenar; porque cuando la letra de dos leyes se halla en oposicion, la que dispone en términos generales debe entenderse limitada por la que dispone en particular, ó que distingue. Hay además en este caso una razon especial, á saber; que en esta ley la prohibicion de que se trata no hace mas que indicarse; al paso que la ley 18 se ocupa de ella *ex profeso.*

les fuesse tan gran menester (13), que non podrian al fazer, o por gran pro dellos (14): e estonce se ha de fazer con muy grand sabiduria (15). e con otorgamiento del Juez (16) del logar (17).

Pero dezimos, que ninguno de los guardadores non puede comprar ninguna cosa, de las que fueren de aquel (18) que tienen en guarda; fueras ende, si lo fiziesse con otorgamiento (19) del

Otra cuestion se ofrece de igual importancia, á saber, si el menor que alcanzó la venia de edad necesitará de la autorizacion del juez para enagenar los inmuebles. La l. 2. C. de *his qui veniam ætat.* declara serles indispensable; y lo mismo parece suponer la l. 7. tít. 5. lib. 10 de la Nov. Rec. la que á la venia de edad la denomina *venia para regir y administrar los bienes*, cuyas palabras en su sentido riguroso no comprenden la enagenacion de los inmuebles.

(13) Por ej. si fuese preciso pagar deudas, l. 1. princ. y §. 2. D. *de reb. eor. qui sub. tutel.*, l. 18. tít. 16. Part. 6. la que espresa algunas causas; ó bien si no hubiese otro medio con que acudir á los alimentos del pupilo, arg. l. 22. C. *de sacros. eccles.*, y lo afirma Bart. en la l. 5. §. 11. D. *de reb. eor. qui sub. tutel.* y la Glos. en la l. 12. C. *de præd. minor.* donde indica otros casos.

(14) Por derecho comun se autoriza únicamente para satisfacer deudas, segun la cit. l. 1. §. 2. D. *de reb. eor. qui sub tutel.*; es de ahí que Joan. de Plat. en las adic. á la l. últ. C. *de jur. reipubl.*, señalando la diferencia entre el pupilo y la ciudad, dice, que el primero no puede vender los inmuebles á menos que sea por causa de deuda, al paso que la segunda puede hacerlo para alcanzar un provecho, aunque ninguna deuda exista, l. últ. C. *de vendend. reb. civitat.* En cuanto á nuestra ley de Part. establece que los inmuebles del menor puedan tambien venderse cuando debiese resultarle grande provecho, á semejanza de lo que se halla establecido respecto de los bienes de la iglesia, cap. *sine exceptione* 12. q. 2. y la Glos. en la suma de testo: podria ser que esta ley hubiese seguido al *Specul.* tít. de *empt. et vendit.* §. *nunc dicendum restat*, vers. *hoc quoque*, allí donde dice, *aut ob evidentem utilitatem pupilli*: añád. l. 4. C. *de bon. quæ liber.* y allí Bald.

(15) Es decir, previo conocimiento de causa, l. 5. §. 9. D. *de reb. eor. qui sub tutel.*, l. 12. C. *de præd. minor.*, el *Specul.* lug. cit. y Dec. consil. 403. col. 2. al fin, donde cita á otros y espresa lo que debe intervenir en este conocimiento de causa: y el Specul. dice en el lug. cit. que si hallamos haber intervenido el decreto del juez, se presumirá que ninguna de las solemnidades faltó: lo mismo dice Joan. de Imol. consil. 98. Sin embargo, debemos esceptuar el caso en que de lo breve del intervalo que medió entre la demanda del decreto y su interposicion, puede arguirse que tuvo ella lugar sin previo conocimiento de causa, como lo opinó Petr. de Anchar. consil. 89, cuya decision dice ser única, Jas. en la l. 9. §. 1. D. *de offic. proconsul.* col. 17, y acerca de esto véase tambien lo que el mismo dice en la propia col. vers. *nota et secundo diligenter*, y la Glos. en la l. 2. C. *de fid. et jur. hastæ fiscal.*

(16) Añád. l. 1. §. 2. D. *de reb. eor. qui sub. tutel.* y la cit. l. 12. C. *de præd. minor.*: se requieren pues tres circunstancias, segun la Glos. en la cit. l. 1, á saber, el decreto del juez, causa de enagenar y la presencia del tutor ó curador: añád. l. 60. tít. 18. Part. 3. y lo que allí dije.

(17) No espresa si ha de ser el juez del domicilio, ó bien el del territorio donde está situada la cosa; pero parece que quiere indicar el primero, y añád. l. 5. §. 12. D. *de reb. eor. qui sub tutel.* Sin embargo la l. 16. C. *de præd. minor.* parece exigir que sea el juez del lugar donde está situada la cosa; pero Cin., Alber. y Bald. dicen en la misma ley, que entrambos jueces son competentes: el mismo Bald. tambien lo afirma así en la l. 1. C. *de contrah. empt*; y de otra parte nuestra ley no parece decir lo contrario.

(18) Añád. l. 5. C. *de contrah. empt.* y l. 35. §. últ. D. del propio tít. Empero por la ley del Ordenam, lib. 5. tít. 5. los tutores y curadores no pueden comprar las cosas de los huérfanos, ni pública ni privadamente: ¿por esta ley quedará corregida la de Part. de modo que el tutor no pueda comprar las cosas del pupilo aunque intervenga la autoridad del juez ó de su contutor? Así parece pues que la l. cit. solo podia referirse al caso en que el tutor compraba mediante la intervencion de una de estas dos personas, no siendo posible al mismo tutor que compraba, que interpusiese la autoridad en un acto de su propio interés, l. últ. D. *de auctor. tutor*, y así lo entienden Ang. y Alber. en la cit. l. C. *de contrah. empt.* Sin embargo, parece mas probable que por la ley del Ordenam. no se ha corregido la de Partidas; pues que por el derecho comun antiguo, segun la opinion general, el tutor podia comprar las cosas del pupilo que habia salido de la infancia, sin necesidad de autorizarse el acto por su contutor, con tal que no obrara clandestinamente, ni con mala fe, segun Bart. en la l. 5. §. últ. D. *de auctor. tutor* y los Doct., particularmente Salic. en la cit. l. 5. C. *de contrah. empt.*: este caso, pues, es el único corregido por la nueva ley; de consiguiente, si el tutor compra con buena fe, mediante la autoridad del juez ó de su contutor, será válido el acto á tenor de esta l. de Part.: en ese punto distíngase con Bart. en el cit. §. últ. de la l. 5.

Juez del logar, o de alguno (20) otro que lo ouiesse otrosi en guarda, tambien como el. E aun ha menester, que aquello que desta guisa, comprare del, que sea a pro del huerfano, e non a su daño. Ca, si engañado se fallasse el menor por razon de tal vendida, puedela desfazer, despues que fuere de edad complida, fasta quatro años; assi como dezimos en las leyes (21) que fablan de la guarda de los menores, e de los bienes dellos.

LEY 5. *Como los Adelantados, ni los Juezes ordinarios, non pueden comprar ninguna cosa, en aquella tierra en que han poder de judgar.*

Adelantado (22), o otro Juez qualquier (23)

de auctor. tutor y con Salic. y Paul. de Castr. en la cit. l. 5. C. *de contrah. empt.* —* La l. 1. tít. 12. lib. 10 de la Nov. Recop. no deja la menor duda sobre este punto: «todo hombre, dice, que es cabezalero ó guarda de huerfanos, o otro hombre o muger qualquier que sea, no pueda ni deba comprar ninguna cosa de sus bienes de aquel o aquellos que administrare; y si la comprare *pública o secretamente,* pudiéndose probar la compra que asi fue fecha; no vala y sea desfecha, y torne el quatro tanto etc.» he aquí una disposicion absoluta, disposicion que no podemos limitar, porque no existe ley alguna coetónea, ni posterior, que nos autorice para verificarlo.

(19) Entiéndase si la cosa es mueble; pues que siendo inmueble será preciso que concurran á la vez la autoridad del contutor y el decreto del juez, como lo declara Bart. en la l. 3. C. *de in integr. restit. minor.*, y v. Bart. en la l. 1. D. *de reb. eor. qui sub tutel.*: ¿y si el tutor no fuese legitimamente constituido bastará el decreto del juez? v. *Specul.* tít. *de tutore* §. *generaliter,* col. 3., cuya decision es notable.

(20) V. Glos. en la l. 2. §. 8. D. *pro emptor.*, y allí Paul. de Castr.

(21) V. l. 5. y 8. tít. últ. Part. 6.

(22) Este es el que en el derecho romano se llama *Præses provinciæ,* como lo dice la l. 22. tít. 9. Part. 2. ¿Los consejeros del Príncipe podrán comprar las cosas de los súbditos? v. l. últ. C. *de rescind. vendit.* donde la Glos. y Bald. están por la negativa; Alber. en el mismo lugar, siguiendo á Odofr., dice que esta ley precave la codicia de los que colocados en los tribunales podrian cometer mil fraudes paliados con el contrato de venta. Hay quien limita esta ley á los próceres de la curia y á los consejeros del príncipe, respecto de las cosas que se subastan por el fisco; y esta es la *lectura* que allí refiere y adopta Salic. Sea de esto lo que fuese en punto al derecho, la práctica está en contrario: véase lo que digo en la nota sig.

(23) Tanto si es magistrado menor como si fuese de los mayores, l. 1. C. *de contract. judic.*, l. 33. D. *si cert. petat.*, l. 46. y 62. D. *de contrah. empt.* y l. 11. C. *de his quæ vi met. caus.*: tampoco se atiende á si el juez es temporal ó perpetuo. Sin embargo, por derecho comun, segun la opinion mas general, esta prohibicion no abraza á los jueces perpetuos arg. l. 34. D. *si cert. petat.*, allí *Quia perpetui sunt,* y lo afirma Bart. así como la generalidad de los Doct. en la l. 33. D. tít. cit., y Bald. en la l. 6. §. 3. D. *de offic. proconsul.*; y lo mismo dicen del juez nombrado por tiempo indefinido; porque á causa de la incertidumbre se equipara al perpetuo, Glos. en la Clement. 2. *de rescript.* y Jas. en la cit. l. 33. col. 2.; y en conformidad de lo dicho vemos cada dia que los oidores de las chancillerías compran de los vecinos de las provincias y contratan con ellos; porque, si bien la ley del Reino dispone que tales oidores se entiendan nombrados para un solo año, l. 4. tít. 4. lib. 2. del Ordenam.; como transcurrido el año se les manda seguir en el desempeño de su cargo mientras dure el beneplácito del príncipe (como se ve en las ordenanzas de la Real Audiencia de Valladolid) y de otra parte, como el príncipe no acostumbra removerlos, es de ahí que se reputan perpetuos, segun Ang. en la l. 3. C. *si cert. petat.* No obstante ser esta la práctica, si atendemos que nuestra ley se espresa en jeneral, parece que ni dichos oidores ni los demás jueces perpetuos, podrán comprar de los que se hallan dentro el territorio de su jurisdiccion, ni contratar con ellos: además la l. 3. cit., en la cual los Doct. se fundan, no prueba lo que pretenden, escepto por lo que mira á los dependientes del presidente de la provincia, que fuesen perpetuos, respecto de los cuales no obra la misma causa de prohibicion, ó cuando menos no existe en tan alto grado como en los mismos jueces: en efecto, el gefe de la provincia puede fácilmente poner remedio á la opresion que ejerzan sus dependientes, al paso que no es tan fácil respecto de los actos de los mismos jueces; y por esta causa miro como mejor fundada la opinion de Guilliel, en la cit. l. 6. §. 3. D. *de offic. proconsul.*, que tambien es la de Salic en la cit. l. 33. D. *si cert. petat.*, quienes sentaron que los jueces perpetuos venian incluidos en la misma prohibicion: añádase que tales jueces pueden mas que los temporales abusar de su ministerio, y que nuestra ley de Part. no hace distincion alguna: con todo como la costumbre ha sancionado la opinion comun, quizá podrán defenderse apoyados en ella.

que sea puesto para judgar (24), o para fazer justicia en alguna tierra, o en alguna Cibdad, o Villa, non puede comprar (25) heredamiento, ni casas, el, ni otro por el (26), ni otrosi ninguno de su compaña (27) en aquella tierra, ni en aquel lugar, sobre que son apoderados (28). Fueras ende las cosas que non podrian escusar, assi como lo que ouiessen menester, para comer (29), o para beuer, o para vestir. Pero si qualquier destos sobredichos ouiesse alguna heredad, o otra cosa, que ouiesse heredado de su padre, o de alguno de los otros parientes, o ganado en otra manera ante que le ouiessen escogido para este officio, bien la puede vender (30) a los de aquel lugar.

(24) Esta prohibicion no comprende á los empleados que carecen de jurisdiccion, Bart. en la l. 46. §. 2. D. *de jure fisci:* tampoco comprende á los recaudadores de contribuciones, si bien quiso lo contrario la Glos. á la l. pen. C. *de exactor. tribut.*

(25) La prohibicion es mas lata en la cit. l. 1. C. *de contract. judic.* y en la cit. l. 33. D. *si cert. petat.* y en los caps. de corregidores cap. 2. ¿Se estenderá la prohibicion á los demás contratos? Así parece por mediar la misma razon, á saber, el temor de abuso de autoridad: así lo opina Jas. en la cit. l. 33. y arg. l. 29. §. 1. D. *de statu liber.* allí: *quoniam lex duodecim tabularum.* No impide la nulidad del contrato el que se hubiese celebrado públicamente y con buena fe, ni el que hubiese mediado la autoridad de otro magistrado, segun la Glos. en la cit. l. 1. y Bald. y Salic. en la l. 16. C. *si cert. petat.*, y á quienes sigue la mayor parte de los Doct. en la cit. ley 33., donde puede verse Jas. col. 3. *limit.* 7.; si bien sostuvo lo contrario Andr. de Iser. *de feudo guardiæ*, ver. últ., donde dice, que si el juez compra de un sujeto poderoso de su jurisdiccion el cual no es creible pudiese temer su autoridad, y que de otra parte no tuviese en el tribunal causa vertiente, ni él ni alguno de los suyos; cesará la prohibicion, porque falta entónces la causa. Esta opinion notable que se halla repetida por Paris de Puteo, trat. *sindicat.* fol. 36. vers. *contrahere,* no la considero verdadera, porque si bien cesa el temor de la preponderancia del juez, quedan en pié otras razones en que la prohibicion se funda, las que pueden verse en los lugares citados: además, los ricos y poderosos necesitan á cada paso del favor de los magistrados.—* Por la l. 4. tít. 14. lib. 5. de la Nov. Recop. los jueces están prohibidos absolutamente de comprar ó sacar para sí aquellas cosas que ellos mandaren vender en almoneda.

(26) La interposicion de alguna persona induce mayor presuncion de fraude, l. 5. §. últ. D. *de auctor. tutor.*, añád. l. últ. al fin. C. *de contract. judic.* y la cit. l. 3. C. *si cert. petat.*

(27) Añád. l. 33. D. *de reb. credit.* y la *rubr.* C. *de contract. judic.*; y si esto no se estuviese espresado, la prohibicion no se hubiera estendido á los familiares y criados, segun Bald. en la. l. 1. C. *si rector provinciæ*, fundándose en la misma ley.

(28) Aunque el cargo ó magistratura sea de poca monta, l. 11. C. *de his quæ vi met. caus.*, y de estas palabras de la ley se infiere que no tiene lugar la prohibicion cuando se contrata fuera del territorio con los que pertenecen á jurisdiccion distinta, v. Glos. y allí Salic. en la l. 16. C. *si cert. petat.*

(29) Añád. l. 1. C. *de contrac. judic.* y l. 6. §. últ. D. *de offic. proconsul.*, donde Baldo dice que debe entenderse lo mismo de los caballos, pues que no es regular que vayan á pié. Esceptúese tambien el caso en que se contratare con licencia del príncipe, segun la cit. l. 1. y la l. 46. D. *de contrah. empt.*; como tambien si comprase el magistrado bienes paternos que se hubiesen confiscado, l. 66. D. tít. cit.; y por fin si aceptase alguna donacion remuneratoria, l. 27. D. *de donat.* ¿Y si el contrato se hubiese corroborado con juramento se llevará á efecto? Es indudable que no: sin embargo, como la prohibicion es en odio del adquirente, se respetará el juramento, al paso que se demandará la cosa donada mediante la *condiccio sine causa*, ó bien previa la absolucion del mismo juramento, segun Bart. en la l. 56 D. *de fidejussor.* col. 4. vers. 4. La disposicion de esta ley no puede renunciarse, porque no cabe la renuncia respecto de un derecho prohibitivo, como lo sientan los Doct. modernos, y en particular Dec. en la cit. l. 33. D. *de reb. credit.* Es de advertir que la prohibicion no alcanza á lo que se recibe por via de legado ó de cualquier otra disposicion por causa de muerte, l. 16. C. *de testam.* y allí Bart. y l. 9. §. últ. D. *de re militar.*

(30) A no hallarse así espreso se hubiera inducido lo contrario, ya porque generalmente se prohibe todo contrato con los súbditos, ya por que hay que temer en este caso el mismo abuso de autoridad; así que, téngase presente esta ley, cuya disposicion en este punto es singular, pues no tengo presente haber visto ninguna que se le parezca en el derecho comun. Azo en la suma C. *de contract. judic.* dice que el magistrado puede dar y vender, segun Placent.; si bien respecto de la venta la razon no es tan obvia: nuestra ley de Part. limita la facultad de vender al caso que espresa.

—*Hay aun otras personas que tienen incapacidad ó prohibicion relativa. Los clérigos son incapaces, tanto para comprar como para vender

LEY 6. *En que manera se deue fazer la vendida, e la compra.*

Compra e vendida se puede fazer en dos maneras. La vna es con carta, e la otra sin ella. E la que se faze por carta, es quando el comprador dize al vendedor: Quiero (31) que sea desta

por via de negociacion, conc. trid. ses. 22. cap. 1. *de reform.* Los estudiantes son incapaces para comprar al fiado, sin permiso del que los tiene á su costa en el estudio, l. 1. tit. 8. lib. 10. Nov. Rec. Son igualmente incapaces para comprar al fiado los que se proveyeren de cualquier artículo para bodas, l. 2. tít. cit. Lo son tambien para comprar de la misma manera los hijos de familias sin distincion de edad, y los menores que tengan curadores, siempre que no estuviesen autorizados con el consentimiento de sus padres ó curadores, l. 17. tít. 1, lib. 10, Nov. Rec.: la misma ley prohibe, sin distincion de personas, los contratos al fiado, en que se estipula el pago para cuando el deudor se casase ó heredase. Por fin, á los ropavejeros se les prohibe comprar lo que se vende en almoneda, l. 4, tít. 12, lib. 10, Nov. Rec.: véanse además las ll. 4, 5, 6 y 8 arts. 17, 19, y 20 del mismo título.

(31) Aprueba la opinion de Az. en la suma. C. *de fid. instrum.;* así que, siempre que antes del contrato ó en el acto mismo han convenido las partes que se redacte escritura, se entenderá, que esta pertenece á la forma del mismo; cuyo opinion fué la de Placent., y adoptada por la Glos. en el princ. *Instit. de empt. et vendit.* y en la l. 17. C. *de fid. instrum.;* y es la misma la del *Specul.* tít. *de empt. et vendit.* §. 1. vers. *sed si dictum,* de Cin., Nicol. de Matha y Bald. en la cit. l. 17. Bart. en esta misma ley y en la *Auth. ibi posita* C. *si cert. petat.*, opinaba por el contrario que únicamente se entendia celebrado el contrato por escrito, cuando las partes habian de un modo esplícito convenido que el contrato no valiese antes que la escritura se formalizara: lo mismo opina Bald. en la propia auténtica, así como Salic., el cual bellamente trata esta cuestion, y concluye que del mero hecho de haber convenido las partes que se redactaria escritura, no debe inferirse que se quiso *pro forma*, á menos que algunas conjeturas así lo indicaran; y el mismo Salic. sostiene esta opinion en la cit. l. 17. q. 2.; y con estos D. D. conviene Ang. consil. 156. al fin, Joan. Fab. y Ang. de Aret. en el princ. *Inst. de empt. et vendit.* col. 2. y Fabiano de Monte en el tratado *de empt. et vendit.* 9. cuestion principal, y Dec. consil. 340, col. 2, dice ser esta la opinion mas comun. Téngase presente esta ley para la práctica, debiendo añadirse que la opinion que en ella se adopta es la mas conforme á razon, segun Paul. de Castr. en la l. 12. C. *de probation.* col. 1., fundado en que habiéndose convenido que se formalizaria escritura, el escribano pondrá el dia de su fecha en ella; y en esta conformidad parece que las partes han convenido, no pudiendo ser rogado el escribano fuera de aquello que se hace en su presencia, y así es menester que al momento contraten en presencia del escribano, de modo que antes de esto no existe contrato. Una escepcion admitiria yo á esta ley de Part., á saber, cuando ciertas conjeturas nos manifiestan que la intencion de las partes fué que la escritura sirviera únicamente para prueba, segun Francisco de Aret. consil. 159. y Dec. en el cit. consil. 340.—*Otra cuestion se nos ofrece de no menor importancia, á saber, si la escritura es esencial en la venta de los bienes raices. Parece indudable que por las leyes de Partida pueden venderse de palabra y por la correspondencia, de la misma manera que las cosas muebles: así resulta de la disposicion general de esta ley, disposicion que se halla reproducida en la l. 23 de este mismo título con la circunstancia de contener ella indistintamente ejemplos de cosas muebles é inmuebles. Obsta al parecer la l. 56. tít. 18. Part. 3., donde se lee *vendidas fazen los omes entre sí: e porque aquello que pusieren sea firme, fazen ende carta;* pero estas palabras pueden naturalmente tomarse como dirigidas á indicar, no una circunstancia esencial, sino un medio de impedir la inejecucion del contrato por falta de prueba. Tampoco se hizo esencial la escritura por el hecho de la constitucion del registro de hipotecas: en efecto, si bien la falta de escritura hará imposible el registro, la falta de este no causará la nulidad del contrato, y sí solo privará del derecho de accionar contra un tercero poseedor, segun se deduce de las ll. del tít. 16. lib. 10 de la Nov. Recop. y en particular del art. 2, de la l. 3. Sin embargo, en las leyes sobre alcabalas, y particularmente en las ll. 14 y 15. tít. 12. lib. 10. Nov. Recop., cuando se trata de evitar los fraudes que pudieran hacerse en la trasmision de los inmuebles, así como del tiempo dentro del cual los arrendatarios podrán pedir las alcabalas se parte siempre del supuesto que el acto se ha verificado con escritura pública; de lo que puede con algun fundamento inferirse, ó que los Reyes católicos, que mandaron ordenar el cuaderno de las alcabalas, miraron como ley la general costumbre de redactar escritura pública de los contratos sobre bienes raices; ó que quisieron se ejecutase así en lo sucesivo. No podemos ocultar que obra en contrario la autoridad de Antonio Gomez, el cual, á pesar de escribir

vendida, carta fecha (32). E la vendida que desta guisa es fecha, maguer se auengan en el precio el comprador, e el vendedor, non es acabada, fasta que la carta sea fecha, e otorgada: porque ante desto puedese arrepentir qualquier dellos. Mas despues que la carta fuesse fecha, e acabada con testigos, non se podria ninguno dellos arrepentir, nin yr contra la vendida, para desfazerla. E sin carta se podria fazer la vendida quando el comprador, e el vendedor se auienen en el precio, e consienten amos en ello; assi que el comprador, e el vendedor se pagan cada vno de la cosa, e del precio, non faziendo mencion de carta. Ca estonce dezimos que seria acabada la vendida que assi fiziessen, maguer non diesse señal (33) ninguna el comprador al vendedor, por que serian ambos tenudos de complir el pleyto, que assi ouiessen puesto.

LEY 7. *Quien deue ganar la señal que fue dada por razon de compra, si la vendida non se acabare.*

Señal dan los omes vnos a otros en las compras, e acaesce despues, que se arrepiente alguno. E porende decimos, que si el comprador se arrepiente despues que da la señal, que la deue perder. Mas si el vendedor se arrepiente despues deue tornar la señal doblada al comprador, e non valdra despues (34) la vendida. Pero si quando el comprador dio la señal, dixo assi; que le daua por señal, e por parte del precio (35), o por otorgamiento (36), estonce non se puede arrepentir ninguno dellos, ni desfazer (37) la vendida, que non vala.

LEY 8. *Como la vendida puede ser fecha,*

posteriormente al citado cuaderno, dice (Var. Resol. T. 2. cap. 2. n. 17) sin distinguir entre cosas y cosas, que la escritura no es de la esencia del contrato de compra y venta.

(32) Entiéndase, cuando se quiso para la sustancia del acto, pero no sí con el mero objeto de hacerlo constar en lo sucesivo, segun la ley 17. cit. y allí Bald. y Salic., donde el primero dice, que si desde el principio se espresó que se formalizara escritura, se colige haber sido la intencion de las partes el celebrar el contrato por escrito, lo que siguiendo á Salic. dice tambien Aret. en el princ. *Inst. de empt. et vendit.* Sea lo que fuere de esta cuestion por derecho comun, la opinion de Azo. en la cit. l. 17. se aprueba en este lugar: v. Salic. en la *Auth. sed novo jure C. si cert. petat.* col. pen., Juan Fab. en el cit. princ. *Inst. de empt. et vendit.* Dec. consil. 11. col. 1. y 2., consil. 340, col. 2. y consil. 159, y Socin. consil. 32. vol. 3.

(33) Añád. l. 35. princ. D. *de contrah. empt.* y el princ. de las *instit. de empt. et vendit.*

(34) Con esta palabra parece aprobarse la opinion de Azo. en la suma C. *de contrah. empt.* col. 4., á saber, que el comprador, aun cuando el contrato fuese perfecto, no tiene el derecho de pedir los perjuicios, y sí solo el de la retencion de las arras; porque parece tácitamente convenido que el comprador puede apartarse del contrato abandonando las arras, y el vendedor, devolviéndolas con otro tanto; y esta fué tambien la opinion de Ang. en la l. 17. C. *de fid. instrum.* vers. *último scias* y la de Salic. en el mismo lugar, col. últ., quien dice practicarse de esta suerte, y añádase la l. 2. tít. 10. lib. 3. del *Fuero Real.* Sin embargo, la opinion contraria es la mas general por derecho comun, y es la de Juan en el §. 1. *instit. de empt. et vendit.* y en la cit. l. 17. y de Bart. en la l. 28. D. *de action. empt. et vendit.* y en la l. 1. §. 2. D. *de publican.*, de Bald. en la cit. l. 17. y en la l. únic. C. *de sentent. quæ pro es quod interest.* col. pen. y de Juan Fab. y Ang. en el cit. §. 1.

(35) Añád. l. 2. C. *quando liceat ab empt. disced.*, y adviértase que la ley habla del caso en que las arras consisten en dinero; porque siendo otra su naturaleza no podrian ser parte del precio: y reprueba esta ley la opinion de los que sostenian que consistiendo las arras en cierta cantidad de dinero, en caso de duda debian entenderse entregadas como tales y como parte de precio, como lo refiere Baldo en la l. 4. D. *de lege commissor.*: de consiguiente, aun en el supuesto de haberse dado dinero por arras es preciso se esprese que cederán en parte del precio, á fin de que los contrayentes no puedan arrepentirse del contrato: añád. Alber. en la l. 2. C. *quando lic. ab empt. disced.*

(36) Es decir que no se dé bajo el título de arras, sino como en prueba de haberse perfeccionado el contrato: y nótense bien estas palabras, pues que sino me engaña la memoria, no se encuentra espresion equivalente en el derecho comun, á no ser que se diga que esta es la idea de la l. 35. princ. D. *de contrah. empt.*

(37) Así que si le es posible al vendedor entregar la cosa, necesariamente deberá verificarlo, y el comprador cumplirá con el pago del precio, segun esta ley y Bart. en la l. 1. D. *de action. empt.*, donde la Glos. refiere la opinion de Mart., y Bald. en la l. únic. C. *de senten. quæ pro eo quod interest*, col. pen. sienta la misma opinion, que dice ser la general; lo mismo afirma en el cap. 1. §. *si facta, si de feud. fuer. controv.*

maguer el comprador e el vendedor non sean (e) en la tierra, quando la fizieren.

Estando delante el comprador e el vendedor, pueden fazer la vendida: e avn podria ser fecha, maguer el vno estouiesse en vn lugar, e el otro en otro; por cartas, o por mandaderos, consintiendo ambos a dos en vno (38) en la vendida, e pagandose el comprador de la cosa, e el vendedor del precio. E avn dezimos que se podria fazer la vendida, maguer non este la cosa delante (39) del comprador, e del vendedor, consintiendo ambos en ella, segund que es sobredicho.

LEY 9. *Como deue ser nombrado el precio ciertamente en la vendida.*

Cierto (40) deue ser el precio, en que se auienen el comprador, e el vendedor, para valer la vendida: ca si el vendedor dixesse: Vendote esta cosa, por quanto tu quisieres (41), o por cuanto yo quisiere; la vendida que en tal manera fuesse fecha non valdria. Pero si el comprador e el vendedor se auienen en otro ome alguno (42), metiendolo en su mano, que el señalasse el precio, por quanto sea vendida la cosa; estonce, señalando el precio (43) aquel en cuya mano lo ponen, valdra la vendida. E si este, en cuya mano lo meten, señalasse el precio desaguisadamente, mucho mayor, o menor, de lo que vale la cosa, estonce deue ser endereçado el precio segun aluedrio (44) de omes buenos. Mas si aquel, en cuya mano lo meten, muriesse (45) ante que señalassen el precio, estonce non valdria la vendida.

LEY 10. *En que manera puede valer la vendida, maguer non fuesse y nombrado precio cierto.*

Acordandose el comprador, e el vendedor, de vender el uno al otro alguna cosa, por tantos dineros, quantos el comprador touiesse en algu—

(e) delante quando Acad.

inter domin. et agnat. y la Glos. en el §. 1. *instit. de empt. et vendit.*; añád. l. 7. tít. 7. Part. 7.

(38) Tenemos aquí que debe concurrir el consentimiento del comprador y del vendedor: añad. Glos. en la l. 1. D. *de contrah. empt.* y en la l. 2. D. *de obligat. et action.*: sin embargo, no se viciará el contrato por mediar algun intervalo entre el consentimiento del comprador y del vendedor, segun la Glos. en la l. 35. §. 2, D. *de verb. obligat.*; lo que Juan de Imol. en dicho lugar entiende del caso en que la parte que hizo la proposicion, hubiese dado tiempo para deliberar, ó bien que consiente al dar la otra su aceptacion; y quizá será lo mismo sino lo contradice, arg. l. 16. D. *ad* S. C. *Maced.*; de otra suerte se seguiria el absurdo que la parte que se adelantó no podria disponer de lo suyo mientras aguardaba la determinacion de la otra, en lo que no es presumible hubiese consentido, ni es creible que así se fallara dejado el punto al arbitrio de buen varon; ahora, en los contratos de buena fe se entienden las partes obligadas en los términos que decidiera el arbitrio de buen varon, arg. l. 7. D. *de eo quod cert. loco* y l. 18. D. *judicat. solvi;* véase lo que decide Alber. seguiendo á Mart. Silan. en la l. 6. D. *de jure juran.*, y la l. 3. C. *de repud. hered.*, junto con la Glos. y Bald.

(39) Añád. l. 1. C. *de contrah. empt.*, donde Bald. dice que para el pago de las gabelas debe atenderse al lugar del contrato, y no á aquel donde la cosa se encuentre: véase sobre de esto la l. 101. del cuaderno de las alcabalas, la que dispone otra cosa; véase tambien la l. 103.

(40) Añád. l. 1. de este tít. junto con lo anotado en ella.

(41) Lo mismo seria si se dijese *por el precio que te pareciese justo*, l. 35. §. 1. D. *de contrah. empt.*; así como si todo el contrato se deja al arbitrio de uno de los contrayentes, l. 13. C. tít. cit.; pero si fuere una circunstancia accidental el contrato subsistirá, y caso de demorar la decision el contrayente, á cuyo arbitrio aquella se hubiese dejado, se acudirá al juez, l. 7. D. tít. cit. y allí Bart.

(42) Es decir, en sujeto determinado; si fuere indeterminado el contrato es nulo, l. últ. C. *de contrah. empt.*

(43) Añád. la últ. cit. *de contrah. empt.* y el §. 1. *Inst.* tít. cit.

(44) Añád. l. 75, 76 y 79. D. *pro socio:* basta la lesion enorme, sin que haya necesidad de que esceda de la mitad del justo precio, l. 79. cit., y esto se deja al arbitrio del juez, segun Cin. y Ang. en la cit. l. últ. C. *de contrah. empt.*: nótense estas palabras de la ley, *desaguisadamente mucho mayor, o menor:* la lesion módica causada por el arbitrador es tambien atendible, l. 13. §. 2. D. *de recept. qui arbitr.*, y v. Bart. en la cit. l. 76. vers. *arbitrorum.*

(45) Añád. l. últ. cit. y el cit. §. 1. *Inst.*: la muerte de uno de los contrayentes no será obstáculo para que subsista el contrato, l. 9. D. *de probat.* y l. 1. C. *ut act. ab hæred. et contr. hæred.* ¿Pero, si los bienes del vendedor se confiscasen antes de la declaracion del tercero? v. Bald.

na arca, o saco, (*f*) o maleta, o otra cosa qualquier, valdra la vendida, si fueren (46) y falla dos algunos dineros, quantos quier que sean; maguer non ouiesse tantos, quantos podria, o valdria aquella cosa. Mas si por auentura no fallassen y ninguno, estonce non valdria (47) la vendida: porque la vendida non se puede fazer sin precio. Otrosi dezimos, que si alguno ome vendiere a otro alguna cosa, auiniendose ambos, que la pudiesse auer el comprador por tanto precio, quanto la ouiera aquel que la vende, valdra otrosi la vendida; si fallaren en verdad, que la ouo comprado, el que la vende assi. Mas si fallassen que la ouiera de donadio, o que la auia heredado, o en otra manera qualquier que non fuesse por compra, estonce non valdria la vendida.

LEY 11. *De que cosas puede ser fecha la vendida.*

Compra, o vendida pueden los omes fazer, tambien de las cosas que non son (48), ni parescen, como las que son, e se pueden mostrar. Esto seria, como si vn ome vendiesse a otro el fruto de alguna sierua, que estouiesse preñada, o de bestia; o de alguna viña, o tierra, o de otra cosa semejante destas. Ca, como quier que la cosa non paresce avn quando la vende, con todo esso vale la vendida; pues que señalo la cosa onde deue salir el fruto (49), sobre que se faze la vendida. Pero si aquella cosa de que se faze la vendida, non diesse (50) fruto ninguno (51) de si, estonce non seria tenudo el comprador, de darle el precio; fueras ende, si la ouiesse comprado a su ventura (52). Otrosi dezimos, que podria ome comprar la cosa que non fuesse avn cierta; esto seria, como si algun ome pescasse, o caçasse, e dixesse otro alguno: Darte he tanto precio, por la primera cosa que pescares (53), o caçares: ca, si el otro gelo otorga, como quier que non sabe que es aquello que vende, valdra la vendida. Otrosi dezimos, que si el comprador dixere que quiere atender a su ventura, si sacasse alguna cosa el pescador de la primera vez, (*g*) si prisiesse, o matasse el pescador alguna cosa, fasta ora cierta del dia, o en todo el dia; estonce, maguer non prenda ninguna cosa, tenudo es el comprador, de darle el precio quel prometio.

LEY 12. *Como vale la vendida, que es fecha de fructo de sierua, o de yegua, o de otrae cosa semejante.*

Engañosamente queriendo vender vn ome a otro el fructo de alguna sierua, o yegua, o de

(*f*) ó boneta ó en otra cosa cualquier, Acad.

(*g*) ó si prisiese ó matase el cazador alguna cosa Acad.

en la cit. l. últ. col. 5. vers. *ulterius quœro* y allí tambien Salic., donde puede verse la inteligencia de la l. 14. D. *de novat.*

(46) Así pues no se dirá incierto si puede determinarse por su relacion á una cosa cierta, segun esta ley y la l. 7. §. 1. D. *de contrah. empt.*; de ahí es que si uno compra cien carneros, que se hallan en poder del cortante, por el precio que valieren; será válido el contrato, pudiendo determinarse el precio por las ventas que hubiese celebrado dicho cortante, segun Alber, en la cit. l. 7. §. 1.

(47) Concuerda con la l. 26. D. *de action empt.*; y es nula la venta, porque hay falsa demostracion que recae sobre lo sustancial del contrato: si recayese en cosa accidental la venta subsistiria, arg. l. 21. D. *de verb. obligat.* y segun Bald. en la cit. l. 26.

(48) Generalmente no hay compra y ven a sin cosa vendida, l. 8. D. *de contrah. empt.* y l. 1. D. *de rer. permutat.*; adviértase que no importa que la cosa sea perceptible á la vista ó tan solo concebible; como si se vendiese la tercera parte indivisa de cierta heredad, ó un esclavo en general, ó un caballo indeterminado, ó diez arrobas de aceite sin designarlas, l. 39. §. 1. y l. 65. D. *de contrah. empt.* y segun Azo. en la suma C. tít. cit.

(49) Así pues basta que exista una cosa que pueda producir lo que se compra, segun esta ley, la cit. l. 8. D. *de contrah. empt.* y l. 73. princ. D. *de verb. oblig.*; así que basta en general que tenga alguna aptitud para lo dicho, l. 56. D. *de condict. indeb.*; en virtud de cuya ley, en la opinion de Juan de Imol. en la l. 2. D. *de public. judic.* col. 2. puede juzgarse si un crímen es ó no capital, *ex quo*, dice, *inspecta ordinata dispositione facta super ipso crimine, possibile es capitalem pœnam posse infligi.*

(50) Depende el contrato de la condicion tácita, *si los frutos nacieren*, l. 1. D. *de condit. et demonst.* y l. 39. §. 1. D. *de contrah. empt.*

(51) Si diese algun fruto, este se entenderá comprado, l. 39. §. 1. cit.

(52) Entónces la venta tiene por objeto la esperanza, la que se compra á manera de suerte ó fortuna, l. 8. cit. *de contr. empt.*

(53) Añád. l. 12. D. *de action empt.* y alli Bart. y l. 11. § últ. tít. cit.

otra cosa semejante, diziendo que era preñada, sabiendo que era mañera, vale la vendida, como quier que es fecha con engaño. Pero el vendedor tenudo es, de dar al comprador la estimacion que podria valer el fructo de la sierua, o de la yegua, o de refazerle todos los daños que le vinieron por esta razon. E esso mismo dezimos que seria, si vendiesse el fructo de alguna viña, o de algunos arboles, o de otra cosa semejante; sabiendo que non leuaua fructo, o faziendo maliciosamente algun engaño, por que non leuasse. Ca tenudo es de darle la estimacion de los fructos, con los daños que le vinieron ende, porque non los ouo.

LEY 13. *Como puede ome vender el derecho que espera auer en los bienes de otri.*

Esperança (54) han los omes a las vegadas, de heredar los vnos los bienes de los otros. E esta esperança puede ser en dos maneras. La vna es, quando alguno ha fiuzia de heredar los bienes de algun su pariente; seyendo tan propinco, que aya (*h*) de heredarle, si acaesciere que fine sin testamento, todo lo suyo. La otra es, quando han fiuzia, que le establecera alguno por heredero. E porque y ha algunos omes, que quierén vender tal esperança como esta sobredicha, o derecho que atienden auer; dezimos, que lo non pueden fazer, si nombrassen (55) las personas de aquellos que han fiuzia de heredar. Fueras ende, si fuere la vendida con otorgamiento, e con plazer dellos mismos (56); e que duren todavia en este plazer, fasta que mueran. Mas si non los nombrassen (57), poderlo y an vender en esta manera, diziendo assi; que todas las ganancias, o derechos, que les han de venir por razon de heredamiento, onde quier que les vengan, que las venden: e a quien, e por quanto. E por esta razon (58) defendemos, que non vala tal vendida, en que fuessen nombradas las personas de aquellos que ouiessen fiuzia de heredar; porque los compradores de tal esperançao, de tal derecho, como de suso es dicho, non ayan razon de se trabajar de muerte de aquellos cuyos son los bienes, por cobdicia de los auer.

LEY 14. *Como deue valer, o non, la vendida que fuesse fecha, de molino, o de casa, o de otro edificio derribado, o arboles arrancados.*

Vendiendo vn ome a otro casa, o molino, o

(*h*) derecho de heredarle Acad.

(54) La probabilidad de suceder á alguno se llama esperanza en esta ley y en la l. últ. C. *de pact.*; pero no es esperanza lejítima: y segun Bart. en la l. 6. §. 1. D. *de liberat. legat.*, la razon está en que ningun derecho puede fundarse en la esperanza de esa naturaleza; ni el hijo tiene derecho en la herencia paterna viviendo su padre, l. 63. D. *ad leg. falcid*; y dice Ang. en la ley 3. C. *de donat.*, que la esperanza debe tener algun fundamento ó razon de existencia; de lo contrario la esperanza se llama vana: de ahí es que si espero suceder á Ticio, no hay esperanza, pues que no existe fundamento; pero si Ticio fuese mi padre ó mi abuelo, entónces con razon espero; porque puedo asegurarme semejante sucesion mediante el obsequio y la reverencia, l. 17. §. 3. D. *de adoption*; de lo dicho infiere Bart. en la cit. l. 6. §. 1. D. *de liberat. legat.*, que si alguno remite el derecho que tiene ó espera tener, como sucede en los contratos, parece remitir e derecho que tiene ó espera tener en virtud de una causa existente; de otra suerte, es decir, cuando la esperanza no se funda en un hecho presente, no hay esperanza propiamente tal: además, tampoco se reputa esperanza la que no se halla aprobada por el derecho, segun Bald. en el cap. *si quis miles, Imperator Lotharius, Eugenio Papæ, et universo populo*, col. 3.; en otra parte, en una cuestion elegante, dice el mismo Bald. que ninguno puede quitar á otro el derecho de esperanza, cap 1. *de alien. feud. pater.* vers. *quœro hic, pone, quod sunt tres fratres.*

(55) Añád. l. 29. §. últ. D. *de donat.*, y l. 9. tít. 9. y l. 33. tít. 11. de esta Partida.

(56) En este caso autoriza la ley el contrato, por la confianza que manifiesta el que consiente, de que no se atentará contra su vida, segun Bald. en la l. últ. princ. C. *de pact.*

(57) Pero, ¿si la intencion de los contrayentes se hubiese fijado en persona determinada, que se abstienen de nombrar en fraude de la ley? Dígase que el contrato será nulo, como si la hubiesen nombrado, l. 30. D. *de legib.* y lo afirma Bald. en la l. últ. C. *de pact.* col. últ.

(58) Añád. l. últ. C. *de pact.* al fin, y cap. 1. 2. y 3. *de concess. prœbend.* lib. 6; y por esto decia Socin. consil. 53. vol. 3. que ni respecto de los cargos seculares podia darse espectativa, aunque se diese en general, sin espresar que era del cargo ú oficio de cierto sugeto, como tendria lugar en los beneficios eclesiásticos, cap. 11. *de concess. prœbend.*; cuya opinion refiere Dec. en la cit. l. últ. 2 *notabil.*, donde sostiene, contra e parecer de Socin., que puede darse espectativa de una persona incierta, á semejanza de lo que en esta ley y en la cit. l. últ. se autoriza respecto de las herencias: véanse sobre de esto las leyes 12 y 13. tít. 2. lib. 7. del *Ordenam. Real*, don.

otro edificio qualquier, si lo que assi vendiesse, fuesse derribado, o quemado, o destruydo en alguna otra manera, non lo sabiendo el comprador, non valdria (59) la vendida; maguer aquel que lo vendiesse, cuydasse que era sano quando lo vendiesse, e non supiesse que era quemado, nin derribado: esso mismo dezimos que seria, si le vendiesse algunos arboles (60) que fuessen en esta misma manera, que fuessen en otro lugar; que non valdria la vendida, si los arboles fuessen cortados, o quemados, o arrancados, en la sazon que los vendio. Otro tal dezimos que seria, si aquella cosa que assi fuesse vendida, fuesse quemada, o derribada, la mayor parte della. Mas si fuesse la menor parte (61) della quemada, o derribada, estonce valdria la vendida. Pero deuen fazer sacar del precio, quanto asmaren que vale la cosa menos, por razon de aquello que era quemado, o derribado, a la sazon que fue fecha la compra. Pero si a sabiendas vendiesse vn ome a otro alguna cosa, que era quemada, o derribada, diziendo el que la vendia, que era sana; non vale vendida (62), porque non se puede vender la cosa que non es. Pero este que la vendio assi, es tenudo de pechar (63) al comprador, todos los daños quel vinieron por esta razon; por engaño que fizo a sabiendas, vendiendo lo que sabia que non era. Mas si la cosa que le vendiesse assi, a sabiendas, fuesse quemada, o derribada, della, e non toda, estonce valdria la vendida. Mas seria tenudo el vendedor, de pechar al comprador el menoscabo, e los daños quel venieron por esta razon. E deue ser creydo sobre ellos con su jura (64), con estimacion del Judgador. Otrosi dezimos, que si algund ome vendiesse a otro, (*i*) alguna cosa que fuesse quemada, o derribada, della, e non toda (65); e el comprador supiesse que era atal, e non lo supiesse el vendedor (66); que estonce tenudo seria el comprador, de pagar el precio todo. Mas si aquel que vendiesse la cosa quemada, o derribada, por tal qual es, faziendolo entender (67) al comprador, estonce valdria la vendida.

(*i*) alguna casa Acad.

de se prohibe dar espectativa de oficio secular; véase tambien la l. 18. tít. 15. lib. 2. del cit. *Ordenam.*

(59) Parece que debia subsistir la venta respecto del solar, siendo esta la parte principal de la casa, segun la l. 9. §. 8. D. *de solut.*: sin embargo, como el comprador tenia por objeto principal adquirir la casa, es evidente que, no existiendo esta, no podrá haber venta: á semejanza de esto cuando se impone un censo sobre algun edificio, viña ú olivar, cesa la obligacion de pagar las pensiones si la casa, los olivos ó las cepas desaparecen, sin que baste la existencia del solar para que aquella obligacion continue: véase l. 1. C. *de jur. emphyt.* junto con lo anotado en ella, Alex. consil. 112. vol. 1, y la Glos. á la l. pen. tít. 8 de esta Part.

(60) Añád. l. 58. D. *de contrah. empt.*: ¿y si se vendiesen los frutos de una heredad, que al tiempo del contrato se hallaba devastada? véase Bart. en la l. 2. C. *de contrah. empt.* — * Si la venta tiene por objeto dos cosas, dos caballos, por ejemplo, y uno de ellos no existe al tiempo del contrato, parece que este será nulo, si es presumible que no se hubiera comprado el uno sin el otro, arg. l. 34. y l. 38. §. últ. D. *de œdil. edict.*

(61) Lo mismo tendríamos si fuese la mitad, según la cit. l. 57. *de contrah. empt.*

(62) Si pues al tiempo del contrato la cosa no existia de todo punto, no habrá venta, tanto si lo sabian como si lo ignoraban los contrayentes.

(63) Esta disposicion no se halla en la cit. ley 57. D. *de contrah. empt.*

(64) En efecto, subsistiendo la venta por no hallarse la cosa destruida del todo, es claro que tendrá lugar el juramento estimatorio, por ser de buena fe el contrato, l. 5. D. *de in lit. juran.*

(65) Ahora, si ninguna parte de la cosa subsistiese, el contrato es sin distincion nulo, como lo llevo dicho en la nota 62, y lo prueba la l. 57. cit.; véase tambien allí Bald.

(66) Espresa esta circunstancia, porque si entrambos contrayentes saben que la cosa vendida ha dejado de existir en parte, el dolo del uno se compensa con el dolo del otro, y de consiguiente no se da la accion *ex empto* por ser de buena fe el contrato, l. 57. cit.; sin embargo el contrato subsistirá con respecto á la parte de la cosa que existe, según la Glos. en la cit. l. 57. en la palabra *nihil actum*: con todo, véase la nota sig. donde se trata de este punto.

(67) Para que el vendedor de la cosa destruida [en parte] pueda exijir todo el precio, se requiere no solo que el comprador sepa el estado de aquella, si que tambien que el vendedor mismo se lo manifieste; y en estos términos entiéndase la regla del cap. 31 *de regul. jur.* lib. 6. Empero, quizás será mas acertado decir que si el comprador sabe el estado de la casa, no habrá necesidad de que el vendedor le cerciore de ello, y que este podrá entónces exijir el precio entero, atendido que no se hace injuria al que sabe y consiente, y que no se incurre en dolo respecto de él, l. 1. §. 6. D. *de edilit. edict.*, reg. 27. *de regul. jur.* lib. 6. y l. 31. D. *de pact.*: en semejante caso parece, que lo que se vende es

LEY 15. *Como ome libre, o cosa sagrada, o santa, o lugar publico, non se puede vender.*

Ome libre (68), e la cosa sagrada, o religiosa, o santa, o lugar publico, assi como las plaças, e las carreras, e los exidos (69), e los rios, e las fuentes que son del Rey (70), o del comun de algun Concejo, non se pueden vender, nin enajenar. E como quier que diximos de suso, que la cosa sagrada, o religiosa, o santa, que se non puede vender; razon y a, en como se podria fazer vendida della. E esto seria, como si vn Aldea (71), o otro lugar, vendiessen con todas sus pertenencias (72). Ca maguer que la Eglesia que fuesse en aquella Aldea, nin las cosas della, non se podrian vender por si apartadamente; con todo esto, passan con las otras cosas, e vale la vendida, assi como dize la primera Partida deste nuestro libro, en el Titulo (73) que fabla en las cosas de la Eglesia, quales se pueden enagenar, e quales non.

el area ó la cosa tal como se encuentra. Téngase presente esta ley, en cuanto dispone que sabiendo el comprador y el vendedor que la cosa habia perecido, subsiste la venta por el total.

(68) Añád. l. 4. D. *de contrah. empt.*

(69) Las cosas pues, cuyo uso es público, las que son públicas en cuanto al uso y á la propiedad, no pueden venderse ni estar en el comercio de los hombres, segun esta ley y la l. 6. D. *de contrah. empt.* y lo nota Az. en la suma C. tít. cit. col. 3, y la Glos., en la cit. l. 6. poniendo por ejemplo el Campo-Marcio: sin embargo, con licencia real podrán venderse, como lo nota la Glos. y allí Bald. y Paul. de Castr. en la l. 137. §. 6. D. *de verb. oblig.*, donde Bart. dice que aun aquella ciudad que reconoce superior puede decretar la enagenacion de tales bienes; cuya decision no la creo procedente por el derecho de Partidas y las leyes de nuestro reino, como dije en la l. 8. tít. 1. Part. 1. Empero aquellas cosas que son propias de la ciudad, sin ser público el uso de ellas, puede la ciudad venderlas, previa la licencia y con el decreto del magistrado de la misma, segun la l. 1 y 2. C. *de serv. reipubl. manummitt.*, y observando las formalidades prescritas en la l. 3. C. *de vendend. reb. civit.*, debiendo advertirse que esta l. 3 habla de lo que la ciudad ha adquirido á título de herencia, ó de legado, ó de fideicomiso, ó de donacion, las que son privilegiadas segun la l. últ. C. *de Sacros. Eccles.*; así que, tal vez no procederá en aquellas que la ciudad hubiese adquirido por otros títulos, mayormente si proviniesen de contrato, arg. cap. 3. *de re judicat.* lib. 6., y Bald. en la l. 1. C. *si plur. una sentent. fuer. condemn.* col. pen.; si bien no encuentro que se haya hecho observacion semejante sobre la cit. l. 3: dejo al juicio del lector la decision de Bald. antes citada. Acerca de si una ciudad puede celebrar convenciones ó arreglos con otra en punto al ganado de esta que entre en su territorio, limitando sus derechos á la demanda de perjuicios; v. Socin. quien, consil. 127. vol. 1, está por la afirmativa: de otra parte yo he visto varias convenciones sobre comunidad de pastos, las que, mas bien que enagenaciones, deben llamarse buenas sociedades y buenas convenciones. — * Segun el art. 104 de la ley de 3 de febrero de 1823 las diputaciones provinciales pueden conceder permiso para la venta, permuta, dacion á censo ú otra enagenacion de las fincas de los propios de los pueblos, ó de establecimientos municipales ó provinciales de beneficencia, instruyendo sobre ello el debido espediente con audiencia de los ayuntamientos y juntas respectivas, y haciendo constar la utilidad ó conveniencia de que se verifique la enagenacion: véase además la real órden de 24 de agosto de 1834.

(70) Entiendo que son del Rey cuando se hallan dentro del reino, y en algun punto que no pertenece al territorio de ciudad ó pueblo alguno; de lo contrario serán propiedad de la poblacion en cuyo territorio se hallan; como se infiere de lo que dicen los Doct. modernos y en particular Socin. en la l. 1. D. *de adquir. possess.* col. 4., y en la l. 15. del cit. tít. col. 7., y el mismo Socin. consil. 127. vol. 1. en la 2.ª duda, arg. l. 73. §. últ. D. *de contrah. empt.*; v. Bald. en la rúbr. C. *de contrah. empt.*, q. 22., col. 6.

(71) No procederá, pues, cuando el derecho de patronato sea inherente á determinada cosa que se vende; sino que es indispensable, que la cosa sea una universalidad de derechos que venga bajo cierta denominacion, como de villa ó castillo, segun esta ley, y lo declara Inoc. en el cap. *ex litteris, de jur. patronat.* y allí Abb. col. últ. vers. *extra Glos.* y Ordral. consil. 312., col. 2. que empieza *tema quæstionis,* y Bald. en la l. 1. C. *de bon. libert.* vers. *et est hic argumentum,* donde puede verse el caso en que uno vende todos sus bienes ó una herencia, y Bald. en la l. 3. C. *quæ res pignor. oblig. poss.*, y Dec. consil. 127 que empieza *planè dubia.*

(72) Con el mero hecho de venderse alguna villa ó castillo vienen las pertenencias; sin embargo es mas seguro el espresarlo en el contrato: sobre el caso en que se hace mencion del derecho de patronato en la venta de una universalidad, v. Dec. consil. 127.

(73) Es la l. 8. tit. 15. Part. 1.; véase lo que dije allí. — * Además de las cosas que no están en el comercio de los hombres y de las otras de que se hace mencion en las leyes de este título, no pueden ser objeto del contrato de compra y

LEY 16. *Como marmol, o pilar, o piedra, o otra cosa qualquier, que sea assentada en la casa, non se deue arrancar, para venderla (74).*

Marmol, o otra piedra, o madera, o otra cosa qualquier, que estouiese fincada (75) en alguna casa, por pro, o por apostura della, non la deuen tyrar ende para vender, e si alguno la tyra, non deue valer la vendida. Pero si alguno fiziesse contra esto, vendiendo tal cosa, si aquella cosa que assi yendiesse, passase a poder (76) del comprador, deue fincar con el. Mas tenudo es este que la compro, de dar el precio, por que la auia comprada, a la Corte del Rey, con otro tanto de lo suyo. E si el precio ouiesse dado el comprador, deuegelo tornar (77); e el que la vendio, deue otrosi pechar otro tanto (78), de lo suyo, quanto era el precio porque vendio la cosa. Otrosi dezimos, que ningund ome non puede vender su sieruo, que se le fuyese, en quanto andouiesse fuydo (79).

LEY 17. *Como ningun ome non deue vender ponçoña, nin yeruas, con que pudiessen a otro matar.*

Ponçoña (80), o yeruas, o venino, o otra cosa mala, de aquellas con que pudiesse ome matar a otro, comiendola, o beuiendola, non las deue ninguno vender, nin comprar. Pero especias y ha algunas, de que han en si parte de venino, que las pueden bien vender, e comprar; assi como escamonea, o otras cosas semejantes della: que maguer sean de tal natura, vsan los omes dellas en las melezinas, porque aquella maldad que han en si, puedengela fazer perder, mezclandola (81) con otras cosas.

LEY 18. *Como non vale la compra, que ome faze de lo suyo mismo.*

La su cosa (82) misma, ningund ome non la puede comprar. E si por auentura la comprasse non lo sabiendo, deue cobrar lo que dio por ella.

venta; 1.º las cosas litigiosas, l. 13. tít. 7. Partida 3.ª, salvo en algunos casos que pueden verse en la l. 14 del mismo título: 2º. las acciones que á cualquiera competan contra la Hacienda pública, l. 8 y 9. tít. 1. lib. 10. Novís. Rec.; es decir, siempre que estas acciones no estén representadas por un papel moneda. Sobre las acciones ó créditos litigiosos es muy equitativa la constitucion de Anastasio: si se trasmiten á título oneroso, no permite al cesionario que consiga en fuerza de la accion cedida, mayor cantidad que la que en cambio hubiese dado al cedente, l. 22. C. *mand.*: esceptúanse de la disposicion de esta ley las cesiones ó convenios sobre derechos litigiosos comunes, que se verifican entre comuneros ó coherederos; las cesiones que el deudor hace á favor del acreedor en pago de la deuda; las que exije el cumplimiento de una disposicion testamentaria, respecto de un legatario ó fideicomisario; por último, las que se hacen á favor del poseedor de una finca, al efecto de quedar asegurado en la tenencia de la misma, l. cit.: además, á fin de que la ley tuviese mas cabal cumplimiento, dispuso Justiniano, que si parte de la cesion se hubiese hecho á título lucrativo y parte mediante retribucion, se considerase un solo contrato y de la clase de los onerosos, l. 23. tít. cit.

(74) Trae esta ley su orígen de la l. 52. D. *de contrah. empt.* y de la l. 41. §. 1. D. *de legat.* 1.

(75) Esceptúese el caso en que el edificio amenazara ruina, arg. l. 7. D. *de offic. præsid.*, y Bald. en la l. 52. D. *de contrah. empt.*

(76) Es decir que si el comprador tiene en su poder la cosa y el precio, pagará el duplo al fisco, es á saber el precio que aun no ha pagado y que no deberá entregarlo al vendedor, y además otro tanto de su haber; si el vendedor tiene aun la cosa y recibió ya el precio, pagará el duplo de la misma manera: si uno tiene la cosa y el otro el precio, cada uno pagará al fisco el importe de dicho precio: entiéndase así esta ley: de la misma manera esplica este punto la Glos. en la cit. l. 52 y allí Alber.; v. la Glos. y Bart. en la l. últ. D. *de damn. infect.*

(77) Como pagado sin ser debido, l. 52. cit. y l. 41. D. *de legat.* 1.

(78) Entiéndase con la distincion que llevo hecha.

(79) Añád. l. 6. C. *ad leg. Fab. de plagiar.* donde la Glos. espone al motivo de esta prohibicion.

(80) Acerca del que compra veneno para darlo á otro, el cual se le castiga como si hubiese en efecto envenenado, aun cuando no llegase á consumar el crímen, v. l. 1. al fin D. *de leg. Pompey. de parricid.* y lo anotado allí por Bart., y Salic. en la l. 1. C. *de malefic. et mathemat.* Añád. l. 1. princ. D. *ad leg. Cornel. de sicar.* y v. Ang. en su trat. *de malefic.* en la parte *et ex intervallo dictus Ticius ex dictis vulneribus*, y allí Augustin. en las adic.

(81) Así que en la prohibicion de los simples no vienen comprendidos los compuestos, atendido que en los últimos falta el motivo de la prohibicion: sobre la materia v. Bart. y los Doct. en la l. 2. princ. D. *de verb. oblig.* y Alex. consil. 140. vol. 5. 1ª. duda.

(82) Debe haber pues dos personas, el comprador y el vendedor, l. 5. §. 2. D. *de auctor. tutor.*; y la razon es natural, porque en los contratos se trata de la trasmition del derecho de

E esto se entiende, quando la cosa es toda suya. Mas si otro alguno ouiesse parte en ella, valdria la vendida en tanta parte, quanto es aquello que es ageno, e non suyo. Pero si vn ome touiese en su poder, o en su tenencia, alguna cosa que fuesse de otro, aquel que ha la propiedad, e cuya es la cosa, bien podria comprar la tenencia que el otro auia en ella, e valdria tal vendida. Esso mismo dezimos, que si vn ome que fuesse tenedor de alguna cosa, comprasse de otro algund derecho, o seruidumbre que ouiesse en aquella cosa misma de que el era tenedor, que valdria otrosi la vendida.

LEY 19. *Como se puede vender la cosa agena (83).*

Cosa agena vendiendo vn ome a otro, valdra la vendida (84). Pero aquel que tal compra faze (85), o sabe que aquella cosa, que assi compra, que non es de aquel que gela vende, o creya que es suya. E si sabe que es agena, maguer que la torne despues por juyzio a aquel cuya es, non es tenudo el vendedor de tornarle el precio (86); fueras, si quando gela vendio, se obligo (87) que lo tornasse, si aquel cuya era aquella cosa la demandasse, e la cobrasse. Mas si non supies-

persona á persona; así es que se requieren dos estremos, segun Bald. en la l. 1. C. *si servus extero*, col. 2., donde puede verse cuando valga al mandato que tiene por objeto la compra de cosa propia del mandante.

(83) Trae esta ley su orígen de las ll. 11. y 13. §. 4. D. *de act. empt.*

(84) Concuerda con la l. 28. D. *de contrah. empt.* Nótese, pues, que el contrato de cosa agena es tambien válido cuando los estrayentes no ignoran esta circunstancia, mientras que aquella no sea furtiva, como lo nota la Glos. en la l. 34. §. 3. D. *de contrah. empt.*, y Bart. y otros en la l. 42. D. *de usucapion.* y Cin. en la l. 1. C. *de usucapion. pro emptor.*; en consecuencia el vendedor estará obligado á la entrega de la cosa, l. 11. princ. D. *de action. empt.*, diga lo que quiera la Glos. en la l. 15. §. 3. D. *de usucap.*; y acerca de cuando la cosa agena, aunque sea mueble, puede venderse, sin que recaiga en ella el vicio de hurto, v. Bald. en la l. 6. C. *de furt.*, donde continua una decision notable, á saber, que si te vendo una cosa agena que tu posees, la que no me pertenece, ni te la presté, ni de otra suerte te concedí el uso de ella, no se juzgará que yo te haya trasmitido la posesion de la misma; porque no poseyendo yo dicha cosa, ni cuasi-poseyéndola, no puedo entregártela; así que la l. 77. D. *de rei vindicat.* y otras semejantes, deben atenderse de aquel que puede conceder un título efectivo, ó del que tenia la posesion ó cuasi-posesion; y segun esto el comprador no podrá prescribir en virtud de semejante título: parece decidirse lo contrario en la l. 33. §. 1. D. *de usucapion.*, donde Paul. de Castr. valiéndose de ella argumenta contra Bald. Nótese que si vendo una cosa de esta naturaleza, que digo ser de Sempronio, no parecerá que venda en mi nombre sino como procurador de aquel, segun Alex. en la l. 1. princ. D. *de nov. oper. nuntiat.* col. 4. quien alega la l. 20. C. *famil. ercisc.* y allí Bart., y Bald. en la l. 3. C. *de rei vindicat.* y en la l. 92. D. *de legat.* 1.; lo que merece notarse particularmente. Y acerca del feudatario que vende la cosa feudal sin consentimiento del dueño, el cual no está obligado á entregar la cosa misma, v. Bald. en el §. *si facta, si de feud. fuer. controv. inter domin. et agnat.*, y lo que el mismo Bald. nota en el cap. 1. *de vassallo, qui contr. constitut. Lothar. benefic. alienav.* vers. *pone quod dominus.*

(85) Respecto del comprador se atiende á si habia ó nó que la cosa no era del que se la vendia; respecto del vendedor no se hace distincion en esta parte, cap. 1. prin. *de investit. de re alien. fact.*

(86) ¿Pero á quien se adjudicará? parece que al vendedor, autorizándole esta ley para que se lo retenga, v. Glos. y Bald. en la l. 6. C. *de eviction*; y esto procede aunque el contrato sea prohibido por el derecho, como lo nota Bald. en el cap. 1. princ. *de prohibit. feud. alien per Fred.*; la Glos. empero quiere allí, que siendo el contratato prohibido se aplique el precio al fisco, en calidad de adquisicion procedente de delito, y lo mismo sostiene la Glos. en la l. 7. C. *de agricol. et censit.* en la parte *et emptor*, y con ella Joan. de Plat. en el mismo lug., y en la l. últ. C. *de fund. rei privat.*, y añád. á esta ley la l. 27. C. *de eviction.* y Paul. de Castr. en la l. 15. §. últ. D. *de usucapion.* ¿Y si fuesen dos los compradores, de los cuales el uno sabia que la cosa no era del vendedor y el otro lo ignoraba? V. l. 7. §. 2. D. *de liberal. caus.*, y limítese esta ley con el caso de la l. últ. §. últ. C. *commun. de legat.* ¿Y si uno compra el derecho de patronato, á quien se adjudicará el precio? V. Roch. en su trat. *de jure patronatus*, fol. 30. col. 3. y la Glos. en el cap. *de hoc, de simonia.*

(87) Añád. l. 27. cit C. *de evic.* y l. 7. C. *de agricol. et censit.*; y procede aunque el contrato sea prohibido por la ley: si pues el comprador estipula que se le devuelva el precio, así se cumplirá: este es el parecer de la Glos. en la cit. l. 7. sobre las palabras *et emptor*, y la aprueba allí Joan de Plat., así como Salic. siguiendo á Cin. en la l. últ. C. *de litigios.* vers. *quæro emptor*, si bien la Glos. y Bald. sostienen lo contrario en el cap. 1. princ. *de prohibit. feud. alien. per Freder.* vers.

se el comprador que era la cosa agena quando la compro, estonce (88) non seria el vendedor tenudo tan solamente de pechar el precio, mas todos los daños, e los menoscabos que le viniessen por razon de aquella vendida que le fizo.

LEY 20. *Como non vale la vendida, quando se desacuerdan en el precio, o en la cosa sobre que es fecha* (89).

Acordar se deuen en el precio, el comprador, e el vendedor. Ca si desacordassen, diziendo el vendedor, que el precio fue mayor de lo que otorgasse el comprador, non valdria la vendida. Esto seria, como si dixesse el vendedor, que auia vendido la cosa por cien marauedis, e el comprador dixesse, que non mas de por cincuenta; e non se pudiesse ende saber la verdad. Mas si desacordassen, diziendo el vendedor, que el precio era menor de lo que dezia el comprador, estonce valdria la vendida. Otrosi dezimos, que si desacordassen en la cosa sobre que fue fecha la véndida, non valdria. E esto seria, como si el vendedor dixesse, que le áuia vendido vna viña, o una pieça de tierrá, qué era en algund lugar, señalandola; e el comprador dixesse, que non auia entendido de aquella, mas de otra, que señalasse en otro lugar: o si dixesse, que le auia vendido vn sieruo, señalandolo por su nome; e el comprador dixesse, que non entendiera de aquel, mas de otro que auia otro nome.

LEY 21. *Como non vale la vendida que fuere fecha engañosamente, vendiendo vna cosa por otra.*

Laton vendiendo un ome a otro por oro, ó estaño por plata, o otro metal qualquier vno por otro (90), non valdria tal vendida. Otrosi dezimos, que si vn ome, vendiesse a otro algun sierno, e fuesse fallado que era muger, e el comprador cuydando que era varon lo comprasse, que non valdria tal vendida; maguer aquel que la vendiesse, non supiesse que era muger. Esso mismo seria, que non valdria la vendida, si alguno vendiesse a sabiendas (91) alguna muger por virgen, que lo non fuesse; como quier que si fiziesse tal vendida çomo esta, cuydando que era la mujer virjen, valdria maguer que non fuesse. Otrosi dezimos, que auiendo algund ome dos sieruos (93), el vno de vn menester, e el otro de otro, si vendiesse alguno dellos nombrando el nombre del vno, e el menester del otro; si el señor era sabidor de los nomes dellos, aquel sera vendido, que nombro, maguer errase en el menester. Mas si non fuesse sabidor de los nombres, estonce esse sera vendido, que nombro por su menester, maguer errasse en el nome.

LEY 22. *Como non deuen uender armas de fuste, nin de fierro, a los enemigos de la fe.*

Arma (94) de fuste, nin de fierro non deuen vender, nin prestar los Christianos a los Moros, nin a los otros enemigos de la Fe. Otrosi defende-

callidis, sobre la parte *et bonæ fidei*: sin embargo, si el fisco pide el precio será preferido al comprador, segun dije en la Glos. anter., y lo siente Juan de Plat. en la cit. l. 7. col. 3.

(88) Añád. l. 27. cit. C. *de evict.* junto con la Glos., y la Glos. en la l. 6. C. tít. cit.; y de esta palabra *estonce* parece inferirse querer la ley, que en el caso precedente no puede el comprador reclamar mas allá del precio aunque hubiese estipulado para el caso de eviccion; empero opino lo contrario, siguiendo lo que dice Salic. en la cit. l. últ. C. *de litigios.*, y creo que la palabra entonces se refiere al caso en que el comprador supo que la cosa no pertenecia al vendedor, y sin embargo no convino acerca de la eviccion: añádase á esta ley la Glos. en el cit. cap. 1. prin. en la parte *bona fide*, y allí Bald. al fin del cit. princ. vers. *quærit* Glos., y la Glos. en el cap. *Vulteranæ* sobre la parte *emptoribus* 12. q. 2.

(89) Concuerda con la l. 52. D. *locat.* y con la l. 9. D. *de contrah. empt.*

(90) ¿Y si se vende vinagre por vino? V. l. 9. D. *de contrah. empt.*

(91) Es decir sabiendo que el comprador se equivocaba creyéndola vírgen, l. 11. §. 5. D. *de act. empt.*

(92) En este caso no se instituye la accion *ex empto* al efecto de rescindir la venta: si bien dice lo contrario la Glos. en la l. 11. D. *de contrah empt.*: sigue esta ley el parecer de Az. en la suma C. tít cit., col 4. vers. *secus si putarent.* —* Produce tambien la nulidad del contrato el error acerca del contrato mismo; si por ej. me ofreciste en arriendo tu heredad por determinado precio, y yo entendí que me la vendias, no habra venta ni arriendo, pues que acerca de ninguno de los dos contratos convenimos, l. 18. D. *de reb. cred.*: empero no obstará el error acerca de la persona, es decir que si siendo Pedro el vendedor creí que era Juan subsistirá, el contrato, porque en la compra y venta no entran por lo general en el cálculo las cualidades de las personas.

(93) Adopta la opinion de la glos. en la l. 9. D. de *contrah. empt.* sobre la parte *absemtem.*

(94) Aunque sea en tiempo de paz, segun los

mos, que ninguno de nuestro Señorio non les lleue (95) a la su tierra, mientra guerrearen con nusco, trigo (95), nin ceuada, nin centeno, nin olio, nin ninguna de las otras cosas, e viandas con que se pudiessen amparar; ni gelo vendan, nin gelo den en nuestro Señorio, para lleuar a su tierra. Pero por bien tenemos, que los que vinieren a nuestra Corte en mensajeria, o con pleyto, que les vendan la vianda (97), que ouieren menester para comer, o para bever, demientra que y moraren. E si alguno contra esto fiziere, mandamos, que pierda porende todo lo que ouiere, e que este su cuerpo a merzed del Rey. Ca dar armas, o fazer otra ayuda a los enemigos de la Fe, con que se puedan amparar, es vna manera como de traycion (98).

LEY 23. *A quien pertenesce el pro, o el daño de aquello que es vendido; si se meiora o se empeora.*

Cumplese la vendida en dos maneras, segund diximos en el comienço deste libro en este Titulo (99), e la vna se faze en escrito, e la otra sin el: e quando la compra se faze sin escrito (100), aueniendose el comprador (101) con el vendedor, el vno de la cosa, e el otro del precio; dende adelante, el daño que viniesse en la cosa, es del compador (102). Esso mesmo dezimos, quando se faze por escripto, que luego que la carta es acabada, e firmada con testigos, dende adelante es el daño del comprador, maguer la cosa non sea pasada al su poder. E esto seria, como si ouiese comprado algund sieruo, o otra cosa cualquier, e despues que la vendida fuesse complida, enfermare, en guisa que pierda algund miembro, o se muriese (103) sin culpa del vendedor;

cap. 6. y 17. *de judeis et sarracenis.*

(95) Añad. l. 31. tít. 26. Part. 2. y l. 4. tít. 21. Part. 4.

(96) Aprueba la opinion de la Glos. en la l. 1. C. *quæ export non deb.*; tenemos aquí que en tiempo de guerra no es lícito llevar víveres á los sarracenos, y añád. el cap. 12. *de jud. et sarrac.*, donde se establece lo mismo respecto de las demás mercancias: tampoco es lícito en tiempo de treguas, segun la Glos. en el cit. cap. 12.: empero, no es prohibido en tiempo de paz, á no ser que resulte en perjuicio de los cristianos, como si los sarracenos se preparan con ello para la guerra: porque la sospecha de hostilidades es reputada en esta parte como verdadera guerra. Además, tampoco es lícito en los lugares sujetos al Soldan, aunque sea en tiempo de paz, segun la estravag. de Clemente V., que empieza *multa in communibus*, en el tít. *de jud. et sarrac.*

(97) Así pues, solo es permitido vender víveres á los enemigos cuando vienen á tít. de embajada; y esto se añade por nuestra ley á la disposicion de la l. 2. C. *quæ res export. non deb.*

(98) Es decir que no es traicion propiamente tal y si solo casi traicion, segun esta ley y la l. 2. C. *quæ res expost non deb.*, y allí lo nota Ang.

(99) L. 6.

(100) Añád. l. 4. C. *de peric. et commod. rei vendit.*

(101) Por lo que mira á esta materia se dice perfecta la venta así que las partes han convenido acerca de la cosa y del precio, segun esta l. y la l. 1. C. *de peric. et commod rei vend.*, y el §. 3. Inst. *de empt. et vendit.*

(102) Az. en la suma C. *de peric. et commod. rei vend.* establece en esta materia una regla, que dice ser perfecta, elegante y completa; y es la siguiente: Cuando la venta se celebra puramente sin escritura, y es de cierta especie que no se requiere gustarla, el comprador soportará el daño que la cosa esperimente, escepto en el caso de confiscacion; á no ser que hubiese intervenido pacto, mora ó dolo: y allí esplica algunas palabras de la regla la que tambien se esplica por esta ley junto con las cuatro siguientes, y por la l. 39 de este tít.; véase dicha regla en la Glos. á la l. 8. princ. vers. *quod si pendente* D. *de peric. et comm. rei vend.* sobre la palabra *periculo*: por lo que mira á cual de las partes cargará con el riesgo en el caso de haberse vendido un crédito. v. l. 17. y sig. D. *de hæred. vel act. vendit.*—* Vendido ó cedido un crédito pueden suceder tres casos; 1º que el crédito sea nulo ó que se estinga por dolo, culpa ó hecho de parte del cedente, como si lo cobrara, remitiera ó compensara antes de haber hecho la notificacion al deudor, ó si inutilizara ó perdiera el documento, lo que puede equivaler á una estincion de hecho; 2.º que el crédito desaparezca sin culpa, ni hecho alguno de parte del cedente, por ej. mediante prescripcion: 3.º que el deudor sea insolvente al tiempo del contrato, ó que caiga despues en insolvencia. En el primer caso es responsable el cedente de los perjuicios irrogados al comprador ó cesionario, ll. 4 y 23. D. *de hæred. vel act. vend.* En el segundo de nada responde el cedente, á no ser que á consecuencia de la estincion del crédito hubiese alcanzado algun lucro, arg. l. 25. cit. En el último caso tampoco podrá ser reconvenido el cedente, si espresamente no se hubiese obligado á salir garante de la solvabilidad del deudor, l. 4. cit. Véase la curia Filípica, com. terr. lib. 2. cap. 4. n. 29 y sig.

(103) Añád. l. últ. C. *de peric. et comm. rei vend.*

o si ouiese çomprado alguna otra cosa, e la quemasse (104) fuego, o se derribase toda, o parte della, o se empeorasse de otra guisa sin culpa del vendedor. E esso mismo dezimos que seria, si la cosa se perdiese, o se empeorasse en otra manera qualquier semejante destas, que aueniesse sin culpa del vendedor. Ca en estas cosas, o en otras semejantes dellas, el daño que viene en la cosa comprada, seria del comprador tan solamente. Otrosi dezimos, que complida seyendo la vendida, en alguna de las maneras que de suso diximos si que la pro (105) que despues viene a la cosa comprada, seria del comprador, maguer la cosa non fuese pasada a su poder (106). E esto seria, como si ouiesse comprado alguno campo, o viña, e despues que la vendida fuesse fecha, auenidas de rios acresciessen la casa comprada, en alguna partida de tierra en que auiniessen (107) arboles, o otra cosa, por que se mejorasse; otrosi, quando la vendida fuesse acabada, vale la cosa cien marauedis, e despues desso, por mudamiento de la condicion del tiempo, valiesse (108) dozientos marauedis, o mas: ca quanto quier que se mejorasse la cosa, despues que la vendida sea complida, en estas maneras sobre dichas, o en otras semejantes dellas, toda la mejoria sera del comprador. Ca guisada cosa es, que como a el pertenesce el daño, segund diximos, si la cosa se perdiesse, o se empeorasse; que le pertenesca otro si la mejoria, que en ella viniere.

LEY 24. *A quien pertenesce el pro, o el daño, en las cosas que se suelen contar, o pesar, o medir, o gustar, despues que fuessen vendidas.*

El daño que acaesciere en la cosa despues que la vendida es complida, diximos que es del comprador, maguer non sea la cosa que compro venida a su poder. Pero cosas y a que non seria assi, ca si alguno comprase vino (109), o gingibre, o cinamomo, o alguna de las otras cosas semejantes destas, que han los omes por costumbre de las gustar ante que las compren, e si tales cosas como estas se vendiessen por peso, o por medida, e se perdiessen, o se empeorassen, ante que fuessen gustadas, o pesadas, o medidas; estonce seria el peligro del vendedor, e non del comprador, maguer fuessen ambos auenidos en el precio. Mas si despues que fuessen gustadas, o pesadas (110), o medidas, se perdiesen, o se empeorassen, seria el peligro que ende viniessen, del

(104) Añád. l. pen. C. tít. cit.

(105) Lo que se ha dicho del daño, debe entenderse de los aumentos, segun esta l. y la cit. l. 1.; aunque el aumento fuese meramente casual, l. 18. princ. D. *de peric. et comm. rei vend.*, y Bald. en la rubr. C. tít. cit. al fin. Empero si el vendedor antes de verificar la entrega hubiese celebrado compromiso por cuestion que le movieron acerca de la cosa vendida, y su colitigante incurrió en pena por no cumplimentar la sentencia arbitral, ¿cederá aquella á favor del comprador? Bald. opina que no, en la l. 1. C. tít. cit., col. últ. vers. *extra quæro*, fundado en que esta pena no proviene de la cosa misma, sino de haberse despreciado aquella sentencia por el tercero; véase tambien á Bart. y á los Doct. en la l. 9. §. 1. D. *de reb. auctor judic. possid.*, cuyo testo es interesante.

(106) No se requiere pues la entrega de la cosa para la perfeccion del contrato, por lo que mira á la cuestion del daño y de los aumentos de la cosa; si bien es necesaria la entrega para la traslacion del dominio, l. 2. C. *de pact.* y añád. l. 11. D. *de peric. et comm. rei vend.*: de consiguiente con mayoría de razon deberemos decir que hecha la entrega el riesgo es del comprador; y tanto si la entrega es real como si fuere finjida ó simbólica, segun la l. 14. §. últ. al fin D. tit. cit.; por ej. si te vendí algunos árboles que aun no se habian cortado y los marcaste, esta marca equivale á la toma de posesion: si te vendí algunos cerdos de mi piara, y los marcaste, equivaldrá esto á la entrega, segun el cít. §. últ., y lo nota Baldo en la rubr. C. tít. cit. col. 1.; al paso que dice lo contrario respecto de la marca puesta en las cubas de vino: v. allí y la l. 1. §. 2. D. *de peric. et comm. rei vend.*

(107) Añád. l. 7. D. *de peric. et comm. rei vend.* y el §. 3. Inst. *de empt. et vendit.*

(108) Añád. l. 12. C. *de act. empt.* y l. 24. C. *de solut.*

(109) Entiéndase del caso en que se venda parte de cierto género que se halla en determinado lugar, como algunos cántaros del vino que se halla en tal bodega; pues que si la venta fuese de cierta cantidad de algun género, sin espresar que sea de tal ó cual porcion del mismo, no cabe la cuestion de la estincion ó deterioro, porque el género nunca perece, l. 30. §. 5. D. ad leg. Falcid. y lo declara Bald. en la l. 2. C. *de peric. et comm. rei vendit.*

(110) Quiere esta ley que baste el mero hecho de probar la cosa, para que el deterioro y la estincion pesen sobre el comprador; y esta fué la opinion de Az. en la suma C. *de per. et comm.*, al paso que la Glos. opina lo contrario en la l. 1. D. *de peric. et comm. rei vend.* y en la l. 12. C. *de act. empt.* y allí los Doct.

comprador (111). e non del vendedor. Pero si se auiniesen el comprador, e el vendedor, en el pre-

La opinion de Azon no es la que indica aquí Greg. Lopez; en efecto, en la Suma lugar cit. se espresa en los siguientes términos: *Item quæ degustationem non exegit, ideo dixi: quia si exigit degustationem distinguendum est secundum dominum meum, et quamplures alios, vendatur in specie an in mensura. Si in specie, pertinet periculum ad emptorem post degustationem non ante: nec dicunt speciale in vino, licet vinum lœtificet cor hominis. Imò idem in aliis quæ dequistantur: ut zinzibere, vel sinamomo, vel similibus. Si vero venditum esset ad mensuram, exigentur duo, ut et periculum sit emptoris, id est degustatio et mensura.* Dos circunstancias se exigen, dice Azon, para que el comprador cargue con el riesgo, á saber que pruebe la cosa, y que esta se mida. Ahora bien, ¿deberán concurrir los dos, segun esta l. de Part., ó bastará que el comprador haya probado la cosa? Lo segundo parece conforme con la letra de la ley, puesto que usa de la partícula disyuntiva, diciendo, *si despues que fuesen gustadas, ó pesadas, ó medidas;* empero, tendrémos entónces, contra el espíritu que manifiestan todas las leyes relativas á la materia, que el comprador, soportará el riesgo respecto de una cosa que aun no está determinada, y antes de saberse si el vendedor tenia en su poder la cantidad que habia vendido.

Pero si se vendiese todo el vino que se halla en determinada bodega á razon de diez sueldos por medida ¿se dirá vendido como cosa determinada ó por medida? La cuestion es de mucha trascendencia, pues que si se dice vendido como cosa determinada, el vendedor carga al instante con el riesgo; si por medida, se le aplica entónces la disposicion de esta ley. Baldo promueve esa cuestion en la cit. l. 12. C. *de act. empt.*: dice al principio que la venta parece hecha por medida, atendido que la cantidad del precio depende del hecho de la medicion; pero concluye con la decision opuesta, á saber, que la venta es en especie; y añade que la venta será por medida si se dijere: *véndote tantos cántaros de vino de tal cuba ó de tal bodega:* porque, segun él, haciéndose bajo la condicion de la medida, la sustancia de la forma, de la materia y del contrato está en la misma medida; lo que no sucede cuando se vende todo el vino de la bodega, dado que entónces la medicion no entra como parte sustancial del contrato, y si únicamente con el objeto de determinar la cantidad del precio, el cual en si mismo es cierto así natural como geométricamente; y con la decision de Baldo se conforma allí Paulo de Castr. y dice que debe tenerse siempre presente, porque con ella se interpretan infinitas leyes, y sin ella fácilmente se entenderán mal, y tal vez segun él muchos decian lo contrario, á saber que de cualquier modo que se indique la medicion, la venta se entenderá hecha por medida. Salic. en la cit. l. 12. C. *de act. empt.*, refiriendo las palabras de Baldo sostiene la opinion contraria, porque en el caso de que se trata se ha estimado cada medida, y no el todo del vino vendido, como se requiere cuando se vende en calidad de especie; y porque las leyes dicen, si el vino se hubiera vendido por medida, y no se limitan á decir, si algunas medidas de vino se hubiesen vendido, como si estas dos espresiones fuesen iguales ó equivalentes: elija el lector entre las dos opiniones, advirtiendo que á favor de la de Salic. parece estar la l. 2. C. *de peric. et comm. rei vend.*, allí: *cum autem universum quod in horreis erat positum, venisse sine mensura etc.*, si bien Salic. no la alega á favor suyo: apoya tambien la misma opinion la l. 25. de este tít. allí: *non las pesando, nin las midiendo*, etc. — * A mas de la cit. l. 2. C. *de per. et comm. rei vend.* tiene en contra de sí la opinion de Baldo la l. 35. §. 5. D. *de contr. emp.* en la que se establece del modo mas general, que si se ha vendido vino, aceite, trigo ú otra cosa fungible, á tanto por peso ó medida, no se entienda perfecto el contrato hasta que la mercancia se ha pesado ó medido: tenemos pues que si se ha vendido todo el vino de una bodega, ó todo el trigo de un granero á tanto por medida, el comprador no correrá el riesgo de la pérdida, ni el de la deterioracion, mientras no se hubiese medido el vino ó el trigo. Esta es la opinion de Cuyacio, de Pothier y de casi todos los modernos; y lo mismo quiere esta ley, con aquellas palabras que se leen mas abajo; *e si tales cosas como estas se vendiesen por peso ó por medida* etc., palabras á las que no sigue espresion alguna en que pueda fundarse la limitacion de su sentido general. Adviértase que segun la cit. l. 35. §. 7. es lo mismo, en cuanto á la cuestion presente, vender cien cuarteras de trigo de un almacen, á tanto por cuartera, que vender las mismas cien cuarteras por un solo precio.

(111) Esceptúese, si la cosa vendida fuese un líquido que se derramara á causa de vicio de los toneles, por ej. por no ser bien atados los aros ó por ser de mala calidad: entónces la pérdida pesa sobre el vendedor, segun Baldo en la l. 12. C. *de act. empt.*, fundado en la l. 6. §. 4. D. *de act. empt.* por la que no se prueba bien esto; empero será justa la decision de Bald., siempre que pueda imputarse alguna culpa al vendedor, que no hubiese avisado al comprador acerca del estado de los toneles: arg. l. 15. D. *de peric. et rei vend.* y allí v. Salic.

cio, e señalassen dia, a que gustasse el comprador la cosa, e en que la pesassen, o en que la mediessen; si el comprador non viniesse aquel dia (112) que señalaron, e despues desto se perdiesse, o se menoscabasse, entonce seria el peligro del comprador. Mas si por auentura acaesciesse, que el vendedor, e el comprador, seyendo auenidos en el precio, non señalasen dia (113) cierto en que gustasse el comprador la cosa, nin en que la pesassen, o la mediessen, segund diximos; estonce el vendedor puede facer afruenta al comprador delante testigos, que vaya a gustar, o a pesar, o a medir la cosa que le vendio. E si non lo quisiere facer, dende adelante, si la cosa se perdiesse, o se empeorasse, es el peligro del comprador. E aun dezimos, que el vendedor, despues que esta afruenta aya fecho, que puede vender (114) la cosa a otro, si quisiere. E si algo menoscabare en la vendida, es tenudo el comprador de refazerle aquello, que por esta razon menoscabare. Otrosi decimos, que podria mas facer el vendedor; que si ouiere menester aquellos vasos, en que tuuiesse el vino, o otra cosa que ouiesse vendido, que puede alogar otros, a costa, e a mission del comprador. E si por auentura non fallase (115) vasos a loguero, e aquellos que ouiesse vendido fuessen de tal cosa, que ouiessen de coger otro fruto atal como aquel, e non lo ouiese en que meter, assi como vino, o otra cosa semejante; estonce (116) puede echar en la calle, o en la carrera publica, aquello que assi ouiesse vendido, pesandolo, o midiendolo primeramente, echandolo assi de fuera. E esto puede facer el vendedor, desdel dia adelante que fue puesto, que viniesse el comprador a medir o a pesar las cosas sobredichas, despues que fue afrontado que las viniesse a tomar, assi como sobredicho es. E lo que dezimos en esta ley, ha lugar en todas las cosas que los omes han por costumbre de gustar, o de medir, o de pesar. Mas si la vendida fuesse fecha de oro, o de plata, o de ciuera, o de otra cosa semejante, que se suele (117) vender a peso, o a medida tan solamente; estonce dezimos, que si peligro alguno acaesciesse en aquella cosa, perdiendose toda, o parte della, ante que sea pesada (118), o medida, que es del vendedor el peligro. Pero si rafezassen, o encaresciessen en aquel lugar, las otras cosas que fuessen atales como aquella, la mejoria (119), o el menoscabo que auiniesse por esta razon, seria del comprador tan solamente.

(112) Añád. l. 3. §. 3. D. *de act. empt.*

(113) Añád. l. 4. §. últ. y l. 1. §. 8. D. *de peric. et comm. rei vend.*

(114) Añád. l. 1. §. 3. cit. Pero no se entienda que el vendedor pueda vender la cosa á otro en provecho suyo, como que fuera disuelto el contrato por el mero hecho de no haberse querido presentar el deudor á probar ó medir la cosa: al contrario, el contrato aun subsiste en cuanto á su indisolubilidad, y la ley da la autorizacion indicada para evitar el mayor perjuicio del comprador, al cual le tiene mas cuenta que se saque algun partido de la cosa, vendiéndola, que no el que se tire ó derrame: y esto lo manifiesta la misma ley con las palabras siguientes, *e si algo* etc., y lo manifiesta tambien la cit. l. 1. §. 3., donde puede verse Baldo, quien nota esto en la decision de cierta cuestion, sobre la cual véase á Mateo de Aflictis en las decis. Napolit. n. 280; y lo mismo se observa en el final de esta l., allí, *pero si rafezassen.*

(115) Si pues los encuentra deberá alquilarlos segun esta ley, no pudiendo entónces derramar el líquido vendido.

(116) Deben pues concurrir varias circunstancias para que pueda derramar el vino ú otro líquido vendido: 1.ª que delante de testigos avise al comprador á fin de que se presente para probar, medir ó tomar la cosa; lo que procede, aun cuando se hubiese fijado dia para dichos objetos, segun la l. 1. §. 3. D. *de peric. et comm. rei vend.*, cuyo testo es singular en esta materia, segun Alber. en la misma ley, y Jas. en la l. 23. D. *de verb. oblig.*; y lo mismo se espresa mas abajo en esta ley con aquellas palabras, *despues que fué afrontado:* 2.ª que hubiese procurado en vano vender la cosa: 3.ª que en vano haya buscado otros toneles para alquilarlos; y que los toneles ú otros útiles en los que ella se contiene fuesen indispensables al vendedor para poner otros frutos, como los de la nueva cosecha, si fuese cosechero, ú otros distintos, si fuese comerciante; segun la cit. l. 1. §. últ. y la l. 2. D. *de peric. et comm. rei vend.* Adviértase, que segun la Glos. en la cit. l. 1. §. 3., sobre la palabra *commodius*, no son absolutamente necesarias las circunstancias 2.ª y 3.ª, sino que el hecho de vender y de alquilar toneles ú otros útiles se indican para mayor comodidad del vendedor; lo que parece conforme con el espíritu de esta ley cuando dice *pueda vender:* y véase lo que dije en la nota 115.

(117) Pero no exige que se pruebe.

(118) Esceptúese el caso en que por hecho ó culpa del comprador hubiese dejado de medirse ó de entregarse, segun la l. 5. D. *de peric. et comm. rei vend.* y la l. 2. C. del mismo tít.; pues que cayendo el comprador en mora, carga con el riesgo.

(119) Esta ley es bastante singular en esta ma-

LEY 25. *A quien pertenesce el pro, o el daño de las cosas que se suelen contar, o pesar, o medir, quando las venden a vista, si se empeoran, o si se mejoran.*

Auiene a las vegadas, que algunas de las cosas que se podrian pesar, o medir, que las venden los omes ayuntadamente a vista, non las pesando, nin las midiendo; assi como quando vende vn ome a otro el vino de alguna bodega, o el olio de algund almacen o la vua de alguna viña, o otra cosa semejante. E porende dezimos, que despues que el comprador e el vendedor se auienen (120) enel precio sobre alguna de las cosas sobredichas, o otra semejante dellas, faziendo la vendida a vista (121), assi como sobredicho es, que si despues desso, se pierde, o se menoscaba, o encaresce la cosa que es assi vendida, que la pro, o el daño es del comprador tan solamente.

LEY 26. *A quien pertenece el pro, o el daño de las cosas que se venden so condicion, si se mejoran, o se empeoran.*

Condicion seyendo puesta en la vendida, si la cosa que es assi vendida se empeorasse, o se mejora ante que la condicion sea cumplida; estonce el daño de aquel empeoramiento, o la pro, pertenesce al comprador (122). Mas si la cosa se perdiese, o se destruyesse toda, por qual manera quier, el daño seria del vendedor; maguer se cumpliesse la condicion despues. Otrosi dezimos, que si fiziessen algunos vendida so condicion, e ante que fuesse cumplida se muriesse el comprador, ó el vendedor, ambos, o qualquier dellos; si despues que fuessen muertos se cumpliesse la condicion, valdria la vendida (123), e serian tenudos los herederos dellos, de la auer por firme.

LEY 27. *A quien pertenesce el daño de la cosa vendida, quando por tardanza de la non entregar el vendedor, se empeorasse.*

Tardança faziendo al vendedor, de dar, e entregar la cosa al comprador, quel vendio, despues que fuessen auenidos en el precio; si el comprador le afrontasse ante testigos, que le diesse aquella cosa que auia comprado del, e que recibiesse el precio (124) della, combidandolo con

teria, y tuve ocasion de aplicarla en una causa algo ardua: en el derecho comun no se halla este punto tan espresamente decidido, si bien Paul. de Castr. en la l. 12. C. *de act. empt.* y apoyado en ella, decide lo mismo, á saber, que si se vende vino ó trigo á tanto por medida, aunque antes de medirse, el riesgo sea del vendedor, porque por lo que á él mira el contrato no es perfecto; sin embargo se considerará tal en cuanto al aumento ó disminucion del precio: así que, si este baja despues, el comprador no dejará de pagar el que se hubiese convenido., y si aumenta, tampoco deberá pagar mas de lo que se hubiese estipulado, resultando el aumento en beneficio del comprador: sin embargo, en la l. cit. no se halla esto tan espreso como en la de Partidas; así que téngase muy presente lo dicho.

(120) Aunque no se prueben, porque la venta se hace en especie, segun la l. 15. princ. D. *de peric. et comm. rei vend.* y la l. 4. del mismo tít. y allí la Glos. y Alber.: á no ser que se hubiese convenido que se probaria.

(121) Es decir, no á tanto por medida, segun se lee mas arriba, allí: *non las pesando nin las midiendo;* así que, parece destruir esta ley la decision de Bald. en la l. 12. C. *de act. empt.* que cité arriba, n. 109.

(122) Entiéndase, si la condicion se cumplió, y no de otra suerte, como se colige de esta ley y de la l. 8. princ. D. *de peric. et comm. rei vend.*, de la cual esta se ha sacado.

(123) Considérase que la venta ya era perfecta en el tiempo pasado, segun la ley 8. princ. D. *de peric. et comm. rei vend.;* y como si el contrato hubiese sido puro desde su principio, l. 9. y 11. D. *qui potior. in pignor.* y v. l. 32. tít. 13 de esta Part. junto con lo que allí dije.

(124) No podrá pues precisarse al vendedor á la entrega de la cosa, si de antemano no se le ofrece el precio, segun esta ley y la l. 13. §. 8., y l. 25. D. *de act. empt*, y la l. 25. §. últ. D. *de ædilit., edict.;* lo que debe entenderse en el supuesto que el vendedor escepcione la falta de dicho pago: pues que no escepcionándola, la interpelacion del comprador que solicita la entrega de la cosa, por medio de la accion *ex empto*, le constituirá en mora, segun Bald. en la l. 1. C. *de usur. et fruct. legat*, col. 3. vers. *quæro, quid si est legatus*, en la l. 4. C. *de act. empt* col. 3., en la l. 2. C. *de his quæ sub modo* y en la l. 4. C. *de precib. imperat. offerend.;* y lo sienta Alex. contra el parecer de de Fulgos. en la l. 12. C. *de colat.* y Jas. en la l. 7. princ. D. *de pact.* 3. *notab.* No obstante el parecer de estos Doct., creo mas fundada, á lo menos por lo que mira á constituir al deudor en mora, la opinion de Fulgos., opinion que sostiene Dec. consil. 421. y en la cit. l. 12. C. *de colat.*, quienes la fundan en la palabra *offerri*, la que se usa refiriéndose al caso que no se pida por el padre, como lo nota la Glos. en la Clement. *sæpe, de verb. signif.* sobre la palabra *necessario*, y en el §. 8. de la cit. l. 12, donde se dice que ofre-

el, e mostrandogelo (125); si el vendedor estonce non le diesse la cosa, e despues desto se perdiesse, o se empeorasse, seria el peligro del vendedor, porque es en culpa, por razon de tal tardança (126). Pero si despues desto quisiesse el vendedor dar la cosa al comprador, ante que fuesse perdida, nin menoscabada, e el que la comprasse tardasse, que la non quisiesse recebir; si despues desso se perdiesse, o se empeorasse la cosa, estonce seria el peligro del comprador, por que la tardança postrimera (127) auino por su culpa.

LEY 28. *Que cosas, e que pleytos son aquellos, que deuen fazer, e guardar, los que venden, e compran.*

Pagar deue el comprador al vendedor el precio quel prometio (128); e aquel que fizo la vendida, deue al otro entregar (129) en aquella cosa

ciéndose parte del precio no habrá la accion *ex empto:* yo tambien me fundo en las palabras de nuestra ley, donde dice, *convidandolo con el;* las que son mas claras al efecto de escluir la necesidad de escepcionarse cosa alguna por el vendedor: es igual la opinion de Pedro de Auchar. consil. 331., donde empieza *visis diligenter*: estos gerundios, *convidandolo e mostrandogelo*, denotan condicion, l. 76. D. *de adquir. hæred.* y allí la Glos. y Bart.: así pues para que el vendedor quede constituido en mora es preciso, segun esta ley, que se le ofrezca el precio. Esceptúese el caso en que se hubiese vendido al fiado, concediendo un plazo al comprador: entónces, hallándose el vendedor constituido en la obligacion de entregar, por lo mismo que concedió el plazo, no procede la disposicion de la cit. l. 12. §. 8. ni la de decision Bart., y de consiguiente podrá constituirse en mora al vendedor antes de ofrecérsele el precio: y así se deduce de lo que dice Paul. de Castr. en la cit. l. 13. §. 8.: hacen al caso las l. l. 1. y 6. C. *de act. empt.*

(125) No se requiere pues que el precio se pague antes de verificarse la entrega. ¿Pero si los contrayentes no se fian el uno del otro, de modo que el comprador no quiere pagar el precio sin que antes se le entregue la cosa, y de otra parte el comprador no quiere dársela sin que se ponga primero la cosa en su poder? Contéstese con el *Specul.*, tít. *de secuestr. posses. et fruct.* que la cosa se secuestrará ofreciéndose y consignándose el precio: es decir, para dar seguridad al comprador acerca la entrega de la cosa; pues que por lo que mira á constituir al vendedor en mora basta que se le interpele, haciéndosele el ofrecimiento del precio como aquí se dice.

(126) Añád. l. 4. C. *de peric. et comm. rei vend.* y l. 1. D. del propio tít.

(127) Añád. l. 17. D. *de peric. et comm. rei vend.*, l. 1. §. 3. D. *de verb. oblig.*, y lo que singularmente nota Innoc. en el cap. *calumniam, depœn.* allí, *imò plus dicunt quidam.*

(128) —*Contrae el comprador dos obligaciones; una que nace al momento de celebrado el contrato, y es la de entregar el precio: la otra es de la clase de aquellas que se originan *ex post facto,* á saber la de reembolsar al vendedor los gastos que hubiese hecho para la conservacion de la cosa vendida, despues de perfeccionada la venta; cuyos gastos deben ser de cuenta del comprador, pues que á él pertenecen los aumentos. Por lo que mira al pago del precio hay que atender al lugar y al tiempo en que debe verificarse, y á la moneda misma. El lugar del pago, si no se espresó, es claro que será el del contrato, ó el del domicilio del comprador, segun sea reconvenido en uno ó en otro, pues que estos son los dos puntos donde pueda ser demandado judicialmente. En cuanto al tiempo, no hay dificultad si se fijó plazo: cuando no, el comprador deberá entregar el precio luego de perfeccionado el contrato, si se pone á su disposicion la cosa vendida: pero no, faltando esta circunstancia, como se infiere de la naturaleza del contrato y del contenido de la ley anterior: y parece que tambien podrá suspender el comprador el pago del precio, si se le moviese pleito acerca la cosa, y el vendedor no diere fiadores que respondan del saneamiento, Pothier, Contrato de Venta, Parte 3ª. Sec. 1ª. Por fin se satisfará el precio en la moneda corriente, á no ser que se hubiese designado especie determinada. Si posteriormente al contrato la moneda ha esperimentado alguna variacion, tambien cumplirá el comprador en este caso satisfaciendo el precio con la moneda corriente, la que deberá serle recibida por todo su valor nominal; á no ser que hubiese caido en mora cuando dicha variacion se ejecutó, ll. 18 y 19. tít. 1. lib. 10. Nov. Recop.

(129) Pero si el vendedor, no habiéndoselo pagado el precio, entregase al comprador la cosa con el pacto que no se le transfiera el dominio, mientras que no hubiese satisfecho enteramente el precio ¿tendrá efecto dicho pacto? Baldo en la rubr. C. *de contrah. empt.* opina que valdrá dicho pacto, impidiendo la traslacion del dominio, mientras no se pague el precio, si bien una vez satisfecho no será necesaria nueva tradicion, y fúndase en la l. 68. §. 1. D. *de contrah. empt.* y en la l. 77. D. *de rei vindicat.* Otra cuestion: ¿el vendedor está obligado á cultivar el predio vendido, mientras no lo entregue? Parece que no, y que hasta será lícito abandonar el cultivo, se-

quel vendio, con todas las cosas que pertenezcan a ella (130), o le son ayuntadas. Onde dezimos, que si vn ome vende á otro alguna casa, que non se entiende que le vende la casa tan solamente; mas aun los pozos (131), e las canales, e los caños (132), e los aguaduchos, e todas las otras cosas, que solian ser acostumbradas para seruicio de aquella casa, quier sean dentro en ella, o de fuera (133). Otrosi dezimos, que los ladrillos, e los cantos, e la teja, e la madera, que estuuiessen movidos, ó puestos en la casa vendida, si fueren de aquella casa misma, non los puede lleuar el vendedor. Mas si el vendedor ouiesse comprado cal, o ladrillos, o teja, o madera, o otra cosa semejante, o lo ouiese tomado emprestado, o gelo ouiesen dado; maguer lo ouiese y aducho, con entencion de lo meter en lauor de aquella casa, con todo esso, lleuarlo puede el vendedor, aquello que assi ouiese aducho, e que non ouiere metido en la lauor.

LEY 29. *Como los alfolies, e tinajas soterradas, que estan en la casa vendida, deuen ser del comprador (134).*

Alfoli (135) para pan, que fuesse fecho de madera, e que estuuiesse fincado en la casa que fuesse vendida, o que fuesse tan grande que se non pudiesse mouer; o tinajas para azeyte, que estuuiessen otrosi fincadas, o soterradas (136), o las otras cosas semejantes destas, non las puede lleuar el vendedor. Ca entiendese que estas cosas

gun un testo notable, á saber, la l. 21. D. *de hæred. vel act. vend.* allí *quamvis si neglexisset ut alienum*: Bald. en la l. 4. C. *de act. empt.* vers. 9. *quæritur* distingue: ó el vendedor ofreció hacer la entrega del predio; ó podia de otra suerte el comprador apoderarse del mismo, por ejemplo, si el vendedor se constituyó poseedor á título de precario ó le dió licencia para tomar la posesion cuando quisiere; ó bien ninguna de esas circunstancias medió, esto es, ni esta licencia, ni el pacto de constituto, ni aquel ofrecimiento: en los dos primeros casos puede abandonar el cultivo, pero no en el tercero, debiendo entónces seguir cuidando de la cosa, y en la custodia de la misma, así como no puede abandonar antes de la entrega cualquier otra cosa que hubiese vendido, l. 31. y 36. D. *de act. empt.* y l. 35. §. 4. D. *de contrah. empt.*; y lo mismo parece opinar Paul. de Castr. en la l. 9. D. *solut. matrim.*, si bien Baldo no la alega, sino que se funda principalmente en aquellas palabras de la l. 36. cit.: *nii culpa ejus argueretur*. Sin embargo, Alex. en la cit. l. 9, col. pen, sostiene en contra de Bald. y Paul. de Castr., que aun cuando el vendedor no hubiese declarado poseer á título de precario, ni hubiera dado licencia al comprador para que se tomara la posesion; no estará obligado al cultivo del predio, bastando la circunstancia de haber podido el comprador pedir y alcanzar dicha posesion; y al argumento deducido de las citadas palabras de la l. 36 contesta, que deben entenderse de la culpa que recae sobre la cosa misma, y no de la que tiene por objeto el cultivo, como lo entiende la Glos. en la l. cit., sobre la palabra *argueretur*, cuando dice *quod fructus pendentes, qui pars sunt rei passus est corrumpi*: alega tambien á Bald., Ang. y Juan de Imol. en la l. 91. D. *princ. de verb. oblig.*; y me parece atinada la opinion de Alex., porque de otra suerte no veo como pueda contestarse á la cit. l. 36.: véase sobre el particular lo que dice Bald. en la cit. l. 4. C. *de act. empt.* q. 10.

(130) Deberá tambien entregar los frutos que percibió; pues que pertenecen al comprador una vez perfecto el contrato: entiéndase el principio y distíngase en este punto segun lo que dice Bald. en el lug. cit. y Paul. de Castr. en la l. 13. §. 19. D. *de act. empt.*, y añádase tambien lo que nota Bart. en la cit. l. 13. §. 8. y la l. 15. C. tít. cit. con lo que allí se anota. — * Es trabajo harto difícil conciliar las leyes romanas que se refieren á esta materia de la restitucion de los frutos de la cosa vendida. La decision mas equitativa y la mas conforme con la naturaleza del contrato, es la del J. Paulo, quien en el lib. 2. *sent.* tít. 17. §. 7. dice; *ex die emptionis, si pars pretii numerata sit, et fructus, et opera servòrum et fœtus pecorum et ancillarum partus ad emptorem pertinet*: y á la verdad, si el vendedor debiese restituir los frutos que percibió antes de haber recibido el precio, el comprador sacaria doble utilidad de un mismo capital, á saber, la que puede darle el precio que retiene, y los frutos de la cosa, que es el capital que debe sustituirse á dicho precio.

(131) Añád. l. 17. §. 8. D. *de act. empt.*: ¿pero si el pozo estuviese entre dos casas, á saber la que se vende y otra? v. l. 4. §. 1. D. *comm. dividund.* y Bald. cap. 1. §. *si quis de manso*, col. 3. vers. *quæro, quid si inter dominum, de controv. investit.*

(132) Añád. l. 15. D. *de act. empt.*, y viene tambien comprendida la garrucha del pozo, segun la l. 40. §. últ. D. *de contrah. empt.*, donde dice la Glos. que habia una garrucha de esta clase en el palacio de Acursio.

(133) Añád. l. 17. D. al fin *de act. empt.*, tanto por lo que mira á este punto, como por lo que viene á continuacion.

(134) Trae esta ley su orígen de la l. 17. D. *de act. empt.*

(135) Añád. l. 18. y l. 38. §. últ. D. *de act. empt.*

(136) Añád. l. 76. D. *de contrah. empt.*

atales pertenescen a la casa, e porende deuen ser del comprador. Mas todas las otras cosas que son muebles, e non son ayuntadas á la casa, nin le pertenescen, son del vendedor, e puedelas lleuar, e facer dellas lo que quisiere; assi como los almarios, e las cubas, e las tinajas que non estuuiessen soterradas, e las otras cosas semejantes.

LEY 30. *Como los pescados, que se crian en las albuheras de las casas que venden, e las otras animalias que crian en ellas, deuen ser del vendedor.*

Fuente, (*j*) o alberca seyendo en la casa, ó en el heredamiento que es vendido, el pescado (137) que y se criasse, e fuer y fallado, a la sazon que la casa se vende, deue ser del vendedor; bien assi, como las gallinas, e las otras aues, que se crian en la casa. Esso mismo dezimos de las bestias, que han los omes acostumbrado de criar en sus casas: e lo que diximos en las leyes ante desta de la casa, entiendese tambien de Castillo, o de cortijo, o de otra morada qualquier, que fuesse vendida.

LEY 31. *Como los xaharizes, o los molinos de aceyte, o bodegas con tinajas, que son en campo, o en viña, o en oliuar que se vende: non son del comprador, si señaladamente non se nombrare en la carta de la vendida.*

Oliuar, o campo, o viña, o huerta vendiendo vn ome a otro, en que ouiesse lagar, o xabariz, o molino de aceyte, o otra cosa apartada (138) que fuesse para alfoli, o para bodega, en que ouiesse tinajas para encerrar vino, ninguna destas cosas sobredichas, non se entiende que entran en la compra; fueras ende, si fuesse dicho (139) que entrasse en la vendida, o si estas cosas atales fuessen señaladamente puestas, para coger (140) e aliñar el fruto de aquella casa, o heredamiento que se vendio. Otrosi dezimos, que si vn ome vendiesse a otro alguna viña, o parral, que ouiesse menester palos (141), para alçar las vides: ca maguer el vendedor los tuuiesse tajados, o comprados, si non los ouiesse aun metidos, que non se entiende que entraron en la compra. Mas si los ouiesse metidos vna vez, maguer los tirasse ende despues, para tornarlos y otro año, estonce serian del comprador.

LEY 32. *Como el vendedor es tenudo de fazer sana al comprador la cosa que le vende.*

Quita e libre (142) de todo embargo deue ser entregada la cosa vendida al comprador, de manera que si otro alguno gela quisiere embargar, o mouerle pleyto sobre ella, que gela deue fazer sana (143). Pero luego quel mouieren ende pley-

(*j*) ó albubera seyendo Acad.

(137) Añád. l. 15. vers. *pisces autem*, y l. 16. D. *de act. empt.*; viene pues únicamente comprendido en el contrato aquello que es de la naturaleza de la cosa vendida, como lo dice Innoc. en el cap. *ex litt. de juré patronat.* y Alex. en la l. 3. D. *de adquir. posses.* col. pen.

(138) Así pues, no son inmuebles ni casi inmuebles estas cosas, sino que pueden separarse, segun la l. 17. D. princ. *de act. empt.* y allí la Glos. y la l. 76. del mismo tít. y l. 29. de este tít. de Part.

(139) Como en la l. pen. §. últ. D. *de act. empt.*

(140) Añád. l. 19. §. 2. D. *locat.* ¿Pero si el vendedor hubiese edificado alguna casita en el olivar ó viña, en la que puso un molino para el aceite ó una prensa, no con la única mira de su olivar ó viña, sino por motivo de especulacion, permitiendo á los vecinos que llevaran allí sus frutos? Parece que no vendrá comprendida en la venta del predio, á no ser que, como se dice en esta ley y parece probase en la cit. l. 17 princ. D. *de act. empt.*, el vendedor hubiese edificado la casa y puesto en ella el molino ó prensa, con el único ó principal objeto de llevar allí sus frutos, y que así lo hubiese verificado.

(141) Añád. l. 17. §. últ. D. *de act. empt.*

(142) Añád. l. 3. y 5. C. *de eviction.*; de ahí es que si se le reconviene para que pague el precio, podrá escepcionar la falta de entrega de la cosa, segun las l. l. cit., aunque se hubiese obligado á dicho pago mediante instrumento guarentigio; y aunque existiese ley que prohibiera oponer toda escepcion, como lo dice Bald. en la cit. l. 5. y en la l. 4. C. *de act. empt.* 3. q., y Dec. consil. 119. col. 1.

(143) Aunque no hubiese mediado pacto sobre el particular, segun esta l., la l. 6. C. *de evic.* y la l. 2. D. *de act. empt.*—*¿Que se dirá cuando no el comprador, pero si el sucesor del mismo hubiese sido privado de la tenencia de la cosa en todo ó en parte? si el sucesor es universal no cabe dificultad que en representacion de su antecesor tendrá la accion espedita contra el comprador. Si fuere sucesor singular á título oneroso, el de compra ó permuta, por ej., accionará contra su causante, quien á su vez recurrirá al suyo, esto es, al primer vendedor. Cuando el sucesor singular lo fuere á título lucrativo, de donacion por ej., es evidente que no podrá reconvenir por causa de la eviccion al donante, y este de otra parte no

to, tenudo es el comprador, de fazerlo saber al que gela vendio; o a lo mas tarde, ante que sean abiertos los testigos (144), que fueren aduchos sobre aquella cosa en juyzio contra el. E si alguno assi non lo fiziesse saber (145) al vendedor, si despues fuesse vencido en juizio, non podria

puede reclamar el reparo de perjuicios al vendedor, porque no los ha sufrido pecuniariamente, l. 71. D. *de evict.*: sin embargo, si al verificarse la donacion, hizo plena cesion de derechos el donante al donatario, este, como colocado en el lugar primero, tendrá accion contra el vendedor, siempre que esperimente eviccion, l. 59. D. tít. cit. Otra cuestion ¿la accion *ad evictionem* se denegará siempre que la cosa que se nos ha vindicado procediera de causa lucrativa? Si esta fuese el contrato de donacion se denegará si se nos prometió una cosa determinada y es la que se nos ha vindicado; pero no si la promesa fué de cosa indeterminada; porque, al paso que no es justo, que el donante que obra de buena fe, prometiendo una cosa que cree ser suya, cargue con indemnizaciones; tampoco lo es, que quien prometió, un caballo, por éj., pueda burlar la obligacion entregando el caballo ageno. Si hubiesemos obtenido á título de legado la cosa que se nos ha vindicado, tendrá lugar la accion dicha si el legado fuese de cosa indeterminada, con mayoría de razon que en el caso de donacion. Nos competerá tambien si el legado fuese de cosa determinada, de la que el testador dispuso sabiendo no pertenecerle: si el testador lo ignoraba, el legado es nulo por punto general. Cuando el título fuese el de transaccion, es preciso atender á si el derecho se cedió como cierto ó en calidad de dudoso: en el primer caso habrá lugar al recurso por causa de la eviccion, pero no en el segundo.

(144) Sigue la opinion de la Glos. en la l. 29. §. últ. D. *de evict.* y en la l. 8. C. tít. cit.: debe pues hacerse en tiempo oportuno para que el vendedor pueda probar su derecho. ¿Podrá hacerse en la instancia de la apelacion? Parece que sí, segun el cit. §. últ., y lo afirma Bald. en la l. 8. C. *de sentent. et interlocut.* col. 3.; entiéndase, si el vendedor puede hacer las pruebas de la misma manera en la 2ª. que en la 1ª. instancia, segun Juan de Imol. cap. últ. col. 2. *de empt. et vend.*—* La opinion de Caldo parece inadmisible; en efecto, la citacion de que se trata tiende á que el vendedor pueda alegar y probar en el juicio, el derecho que tenia en la cosa vendida; ahora bien, si la ley ha renonocido indispensables dos ó tres instancias, para que un derecho pudiese sostenerse, para alcanzar justicia en la mayor parte de los casos; es evidente, que privar de una de ellas al vendedor, equivale, en la intencion de la ley, á dejarle incompletos los medios de defensa, lo que cuando sucede por culpa del comprador no puede despues reconvenir al vendedor por la eviccion. Además, esta ley de Partida indica ya bastante que la citacion debe hacerse en la primera instancia, con aquellas palabras, *luego que movieren ende pleyto...... o a lo mas tarde ante que sean abiertos los testigos.* Por fin, la l. 26 de este mismo título, viene en apoyo de lo mismo cuando dice, que el comprador no puede reconvenir por la eviccion al vendedor si no lo ha hecho citar antes de la publicacion de probanzas; pues que si hubo probanzas en primera instancia, admitir la citacion dicha en la segunda, seria contravenir á la letra de la ley; y si no las hubo, admitirla entónces, seria establecer una diferencia sin fundamento, equivaldria á jugar con las palabras.

(145) Añád. l. 1. C. *de peric. et comm. rei vend.*, l. 8. C. *de evict.*, y el cap. últ. *de empt. et vendit.*: pero si el vendedor estuviese ausente, ó no pudiese hallársele, se tendrá por hecha la citacion, segun la l. 55. §. últ. D. *de evict.* Baldo en la l. 23. C. tít. cit. y en la l. 29. C. tít. cit. y allí Salic., dicen que si el vendedor se hallase fuera de la provincia no deberá citársele en persona; y que si no puede ser habido, se dirigirá la citacion á la familia, segun Alber. en la cit. l. 8. C. *de evict.*; y en sus anotaciones á d. l., véase si basta citar al procurador, ó al marido por la muger, y otras cuestiones notables sobre la materia. [Véase la l. 1. tít. 7. P. 3. y lo anotado en ella.] Y téngase presente la decision notable de Juan de Imol. en el cit. cap. últ. al fin *de empt. et vendit.*, á saber, que sin embargo de no haberse citado al vendedor, si este nada alega razonable contra el derecho de aquel, al cual la restitucion se ha hecho, estará sujeto á la eviction: porque parece que no se le causó perjuicio no citándole, si no tenia medios de defensa contra la accion del que vindicaba la cosa vendida. En semejante caso el comprador instituirá la accion de eviccion, y si se le escepciona la falta de citacion, replicará que esta no tenia objeto por la razon que hemos indicado: con la decision de Imol. se conforma Alex. consil. 67. vol. 3, donde cita á Fulgos. y á Luis Roman. que opinan lo mismo. Puede pues el comprador reconocer de buena fe el derecho del tercero, y restituirle la cosa sin esperar sentencia, si ve que en efecto le pertenece, l. 11. §. 12. D. *de act. empt.* y allí la Glos., y Alber. en la cit. l. 8. C. *de evict.* Sin embargo, conviene advertir que la Glos. en la cit. l. 11. §. 12. sobre la palabra *posse*, á la cual allí sigue Bart., dice que aun cuando sea notoria la justicia que asiste al actor debe ser el vendedor emplazado; conviene tambien con esto Ang. de

demandar el precio a aquel que gela vendio, nin a sus herederos. Mas si gelo fiziesse saber, e non le responda de la eviccion, antes que él haya cumplido con el segundo comprador que lo hizo citar y á quien se ha privado ya de la tenencia de la cosa, v. Glos. en la l. 22. §. 1. D. *de evict.* sobre la palabra *statim* y allí Bart., y Alex. consil. 67. vol. 2. vers. *neque prædictis.* [Parece que podrá, porque la accion *ad evictionem* nace así que él comprador siente un perjuicio á consecuencia de haberse fallado contra el derecho que dijo transmitir el vendedor; y este perjuicio existe para el primer comprador al momento de haberse desposeido de la cosa al sucesor singular del mismo, hallándose representado el perjuicio por la accion *ad eviccionem* que nace á favor de dicho sucesor ó segundo comprador. Una deuda, aun antes de pagarse, disminuye nuestro patrimonio.]

Aret. y Alber, en la l. 19. §. 3. D. *de negot. gest.*; y esta, dice, parece ser la opinion comun, de la que no debemos separarnos ni en calidad de jueces, ni como abogados, Dec. cons. 74. col. últ. Pero no me parece ser esta la comun opinion, cuando los que arriba he citado sostienen la contraria; con los que me conformo, dado que el objeto de esta citacion sea poner al vendedor en el caso de hacer valer su derecho, el cual, si no existe, no hay motivo para objetar dicha falta. [Esta misma tambien es la opinion de Pothier, Trat. de la compra y venta, Part. 2. Sec. 2. art. 2., si bien añade que el comprador obrará con prudencia si hace citar en causa y pide que sea tambien emplazado el vendedor.]

¿El segundo ó tercer comprador podrá directamente hacer citar al causante de su causante? dígase que no, á no ser que tuviera cedidas las acciones, segun la l. 59. D. *de evict.*, y v. Bart. en la l. 131. §. 1. D. *de verb. oblig.* y Bald. en la l. 2. C. *de rer. permut.*, en la l. 23. C. *de evict.* y en el princ. *de investit. de re alien. fact.* y en la l. 1 al fin C. *de jur. dot.*: basta que se cite al principal, sin que haya necesidad de emplazar al fiador, l. 7. C. *de evict.*

Sobre si es preciso para la validez de la citacion, que el comprador manifieste al vendedor la copia del libelo, v. Bart. en la l. 8. §. 6. D. *de nov. oper. nuntiat.* col. 11. quien está por la afirmativa. Pero esto no se observa, segun dice Bald. en la l. 1. C. *de evict.*, donde añade que no debemos apartarnos de esa costumbre: v. Jas. en la cit. l. 8. §. 6. col 20.

¿Será menester citar al sustituto condicional? Bald. dice que no en la l. 23. C. *de evict.*, fundado en que antes del cumplimiento de la condicion no le incumbe la defensa.

El cesionario de un crédito, que no hizo emplazar al cedente y sucumbió ¿podrá accionar contra dicho cedente? Dec. consil. 102. está por la afirmativa. [Lo mismo tiene la cesion de un crédito por cierta cantidad de dinero ó en cambio de otro derecho ó cosa, que la venta ó permuta de un objeto corporal; de consiguiente no hay motivo para que al cesionario le demos accion, cuando no cuidó de hacer émplazar al cedente.] Nótese que el comprador, no tan solo debe hacer citar al vendedor cuando es reconvenido, si que tambien cuando acciona, segun Paul. de Castr. en la l. últ. C. *de act. empt.*, quien alega la l. 1. C. *de peric. et comm. rei vendit.* Y acerca de si el enfiteuta debe hacer emplazar á su causante, v. *Specul.* tit. *de locat.* §. últ. vers. últ. y allí Juan Andr. en las *adic.*

Por lo que mira á si el primer comprador, que hizo emplazar á su causante podrá reconvenirle al efecto de que le devuelva el precio, ó

¿Podráse por medio de pacto descargar al comprador de la formalidad de pedir la citacion? Lo afirma Bald. en la cit. l. 1. C. *de peric. et comm. rei vend.* col. últ., fundado en la l. 63. princ. D. *de evict.* Empero si el comprador y el vendedor fuesen juntamente reconvenidos, parece que no habrá necesidad de citacion: v. Glos. en la l. 56. §. 4. D. *de evict.* sobre la palabra *possit*, cuyo testo dice ser singular Bald. en la l. últ. col. pen. C. *de usur. rei judicat.*

Por lo que mira á la forma de la citacion, se preguntará tal vez si es preciso requerir al vendedor para que tome la defensa de la causa, ó si basta que simplemente se le ponga á su noticia la vertencia de la misma: la Glos. en la Clement. *causam, de electione*, sobre las palabras *in aliis*, parece exigir el indicado requirimiento, y lo mismo sienta Bart. en la cit. l. 8. §. 6. D. *de nov. oper. nuntiat.* col. 11. y en la l. 17. D. *ad leg. Jul. de adulter.*, fundado en las l. l. 20 y 21. C. *de evict.*, y lo afirma tambien en la l. 1. C. *de peric. et comm. rei vend.* Pero la l. 17. C. *de evict.* parece indicar que basta la simple citacion, y así lo opina Bald. en la cit. l. 1. y en el cap. 1. *si vasallus, de feud. ab alig. interpell. fuer.* y Juan de Imol. en la cit. l. 8. §. 6. D. *de nov. oper. nunciat.* col. pen., si bien añade que es mas segura la opinion de Bart. al efecto de evitar cuestiones; y con la opinion de Bald. en la cit. l. 1. se conforma Alex. en d. l. 8. §. 6. col. pen.; y esta es la opinion que yo creo mas conforme á derecho, la que se prueba bastante por esta ley, puesto que al comprador le impone únicamente el cargo de poner en noticia del vendedor la vertencia del pleito; si bien la ley sig. indica ser preciso el requirimiento para obligarle á que se encargue de la defensa. Téngause presentes tres casos que pone Bald. en la cit. l. 1. col. 2., en los cuales el vendedor responde de la eviccion, aunque no se le hubiera citado, mientras que de otra suerte tenga

quisiesse (146) el vendedor amparar al comprador, ó non lo puede defender a derecho; estonce el vendedor tenudo es de tornarle el precio, que rescibio del por aquella cosa que le vendio, con todos los daños (147), e los menoscabos (148) que le vinieron por esta razon. E si por auentura quando gela vendio, se obligo a pena del doblo (149) si non gelo amparasse segund derecho; con todo esso non se entiende que le deue pechar el precio doblado tan solamente, mas la cosa doblada (150), maguer mas valiesse.

LEY 33. *Si la cosa agena fue vendida, quel el dueño della la puede demandar a aquel en cuyo poder la falla.*

Cosa agena vendiendo vn ome a otro, aquel

noticia de la vertencia del pleito; á saber: 1°. si el comprador fuese menor ó iglesia, respecto de los cuales se incurre en mora irregular, l. 3. C. *in quib. caus. in integr. restit. non est necessar.*: 2°. si el vendedor estuviese en mala fe, por ej. reteniéndose los instrumentos necesarios para obtener justicia en la causa, ocultando la existencia de dichos instrumentos al comprador, arg. l. 13. cit. §. 6. D. *de act. empt.*: 3°. si vendió á sabiendas cosa agena, pues entónces se le reconvendrá por razon del dolo, y por esta causa estará obligado sin necesidad de citacion; y en este caso ni aun se requiere que por otro medio tenga noticia de la vertencia del pleito, l. 30. §. 1. D. *de act. empt.*, cuyo testo es singular segun Bald. en la l. 8. C. *de sentent. el interlocut.*; y con estas escepciones de Bald. conviene Roman. en la cit. l. 8. §. 6., así como Alex. en el mismo lug. col. antepen. Empero, considero dudoso el segundo caso de escepcion, ya porque la ley que se alega no lo prueba, ya porque si no se le notifica la vertencia del litigio, no está obligado á la defensa, como se espresa aquí, y muy claramente mas abajo con aquellas palabras: *mas si gelo fiziesse saber, e non quisiesse el vendedor amparar al comprador, o non lo puede, etc.* Así pues quiere esta ley que aun cuando el vendedor pueda defender al comprador, deba no obstante ser citado.

(146) Nótense estas palabras *non quisiesse* para lo que dije al fin de la nota anter.: y parece colegirse de ellas, que el vendedor debe precisamente encargarse de la defensa, y que no haciéndolo responderá de la eviccion: sobre lo cual véase lo que digo en la l. sig. — * ¿Y en el supuesto de no encargarse el vendedor de la defensa, responderá de la eviccion, aunque el comprador no hubiese sostenido la accion, dejando que la causa se le siguiera en ausencia, ó abandonando desde luego la cosa? Así parecerá si se considera el modo absoluto con que en esta parte dispone la ley de Partida, que si el vendedor emplazado no quisiese ó no pudiese defender al comprador, entónces debe devolverle el precio junto con los daños y perjuicios; empero, si se atiende á que esta cláusula está ligada por medio de la partícula *mas* con la cláusula anterior, donde se parte del supuesto de ser vencido el comprador en juicio, se tendrá quizás por mas probable lo contrario: véase la nota 153 de este tít.

(147) Añád. l. 17. C. *de evict.*; así pues estará obligado al pago de los gastos del pleito, segun la Glos. en el lug. cit.: trata este punto mas latamente la Glos. en la l. 1. C. tít. cit. y allí Bart., y el mismo Bart. en la l. 102. D. *de verb. oblig.* y el *Specul.* tít. *de empt. et vend.* §. 1. col. 11: la opinion de Bart. es la mas general, segun Jas. en la cit. l. 102., y limítese siguiendo al mismo Jas. en el lug. cit.

(148) Está pues obligado al resarcimiento de los menoscabos, segun la l. 60. D. *de evict.*, y la l. 43. §. últ. y l. 44. princ. D. *de act. empt.* y allí la Glos. — * Este resarcimiento, además de los gastos del pleito comprende: 1°. el aumento de valor que hubiese tenido la cosa, moderándose por el juez caso de ser escesivo, l. 43. D. *de act. empt.*: 2°. los gastos de comision, de escrituras, de trasporte y otros de esta naturaleza: 3°. lo invertido en mejoras que no son abonables, l. 9. C. *de evict.*; las abonables, como las necesarias y las útiles puede el comprador conseguirlas del que le vindicó la cosa, y si no las pretendió, debe imputarse el descuido, l. 45. §. 1. D. *de act. empt.* Y si se vindicó al comprador una parte tan solo de la cosa, y la que le resta no puede servirle para el objeto á que destinaba el todo, la recision del contrato con respecto á la parte que no se le ha vindicado, entra tambien en el resarcimiento de perjuicios.

(149) Manifiesta esta ley que por la sola naturaleza del contrato no se debe el duplo, á no ser que espresamente se hubiese pactado: si bien se oponen á esto las l. l. 2. y la D. *de evict.* y la l. 31. §. 20. D. *de ædilit. edict.*; pero no hallo que las Partidas hayan adoptado en esta parte el derecho comun, ni he visto en el foro que se exigiera la promesa del duplo ni que se hiciera semejante condena; al contrario, segun llevo dicho, quiere esta ley que á menos de pactarse no esté obligado el vendedor al pago del duplo: y aunque haya pactos que sean de costumbre en los contratos, no se presumen si no se prueban, siempre que añadan algo á la obligacion, como bellamente lo dijo Baldo, siguiendo á la Glos., en la l. 4. §. 3. D. *de leg. commissor.*

(150) Añád. l. 66. §. últ. y l. 70. D. *de evict.*, y nótese sobre este punto lo que dice el *Specul.*, y

cuya fue, puedela demandar al comprador a quien la fallo. Pero si el comprador dixere a aquel que gela vendio, que le venga a defender (151) en juyzio aquella cosa que le vendio, e a responder sobre ella al que la demanda; si el vendedor quisiere (152) entrar con el demandador en juyzio, para ampararla, obligandose a fazer derecho sobre ella, bien assi como si la el touiesse, entonce el demandador non ha razon de la demandar al comprador; ante dezimos, que la debe demandar al que la vendio, e dexar estar en paz al que la compro (153). E si el vendedor non quisiere entrar en pleyto con el demandador sobre la cosa, entonce puedela demandar al comprador. Pero en saluo finca su derecho al comprador (154), de afincar por juyzio al vendedor, quel faga sana (155) la cosa que le vendio.

LEY 34. *Si el que es establecido por heredero de otro, vendiere el derecho que ha en la herencia, en que manera lo deue facer sano.*

Si alguno que fuesse establecido por heredero, vendiesse a otro todo el derecho que auia en los bienes, e en la heredad, de aquel que le establescio por su heredero; maguer acaezca despues, que a tal comprador como este vençan por juyzio alguna cosa señalada de los bienes, con todo esso tal vendedor non es tenudo de fazerla sana (156) aquella cosa señalada de los bienes que le vencieron. Mas si por toda la heredad (157) le vencieren, tenudo seria entonce de fazerla sana la heredad; o de pecharle el precio que rescebio por ella, con todos los daños, e los menoscabos. Esso mismo dizimos que seria, si algund ome comprasse todas las rentas de algund almoxarifadgo (158), o de alguna heredad; que maguer lo venciessen en juyzio por alguna cosa señalada (159)

puede verse en la Glos. á la l. 56. tít. 18. Part. 3.

(151) Hace para la opinion de Bald. que cité en la l. anter. nota 144.

(152) Indícase con esta y otras palabras de la misma ley que el vendedor no tiene precision de tomar sobre sí la defensa, y que queda únicamente responsable en caso de eviccion; y así lo opina la Glos. en la l. 11. §. 12. D. *de act. empt.* sobre la palabra *posse,* y así opina tambien Bald. en la l. 1. C. *de peric. et comm. rei vend.* col. 2., diciendo que aquella glosa debe tenerse siempre presente: añádase lo anotado por Paul., Alex. y Jas. en la l. 74. §. 2. D. *de evict.* Véase tambien Alber. en la l. 1. C. *ubi in rem actio*, donde dice que el vendedor no puede ser precisado á encargarse de la defensa, á no ser que así se hubiese pactado, lo que se suele hacer en las escrituras de venta; y entónces está obligado en virtud de convencion.

(153) Admítese al vendedor que se asume la defensa, aunque se oponga el actor. Pero adviértase que debe litigar en el foro del comprador, segun la l. 1. C. *ubi in rem actio,* y allí la Glos., y á manera de defensor ó de procurador en cosa propia; así que, jurará de calumnia, y tomará sobre sí todo el juicio, segun esta ley; empero, no se le admitirá con ánimo de novar, á no ser que el actor consienta, como lo declara Bald. con otros D. D. en la cit. l. 1.; lo que entiende de la novacion de accion, pues que la de la instancia se verifica, como se ve por esta ley; y el efecto es de trascendencia segun él, porque, aun cuando tenga lugar la novacion de la instancia, la ejecucion se dirigirá al comprador, l. 63. vers. *scientibus.* D. *de re judicat.*; al contrario, si la accion se novase no podia la ejecucion dirijirse al comprador, porque mediante aquella quedaba libre: añade que esto merece notarse, y dice bien porque son especies notables. ¿Pero si el actor dijere y probare que la persona del comprador era mas legal, y que le interesaba mas litigar con este que con el vendedor? v. Paul. de Castr. en d. l. 1. col. 1. y en la Glos., quien opina que en este caso será escuchado el actor: empero, por esta ley quizá deberá decirse lo contrario, puesto que establece indistintamente que se deje en paz al comprador; además, el caso de la l. 29. D. *de procurat*, en la que Paul. de Castr. se funda, es distinto del presente.

(154) Y debe el comprador defender la causa: porque de otra suerte, aunque denunciara su vertencia al vendedor, no podia reconvenirle por la eviccion, como se prueba por la l. 1. C. *de peric. et comm. rei. vend.*, y lo afirma allí Bald. col. 2. vers. últ. *oppno:* y dice una glosa en la l. 31. §. 11. D. *de œdilit. edict.*, sobre la palabra *adhibuerit,* que si el comprador no escogió buen abogado, carecerá de recurso contra el vendedor: añád. Alex. en la l. 102. D. *de verb. oblig.*

(155) Y puede tambien exigir de él los documentos necesarios, y que le proporcione los testigos que sean menester para el éxito de la causa, segun la l. 21. C. *de evict.*, y Paul. de Castr., Alex. y Jas. en la cit. l. 102. D. *de verb. oblig.*

(156) Añád. l. 1. C. *de evict.* y allí la Glos. y los D. D.

(157) Lo mismo será si se le vindica la mitad ú otra cualquier parte, dado que se vendió el todo herencia, segun la l. 8. D. *de hœred. vel act. vend.*

(158) V. l. 25. tít. 9. Part. 2.

(159) ¿Y si se vindicare una parte del territorio, cuyas prestaciones se vendieron? Parece

que saliesse de aquellas rentas, que non seria tenudo el vendedor, de la sanear, nin de la descontar. Pero si por todas las rentas le venciessen, o por la mayor parte dellas, entonce tenudo seria de gela sanar, o de tornarle el precio, con todos los daños, e los menoscabos que ende vinieron.

LEY 35. *Como aquel que vende naue, o casa, o cabaña de ganado, la deue fazer sana.*

Naue (160), o casa o cabaña de ouejas, o de otra cosa semejante vendiendo un ome a otro, con las cosas que le pertenescen; si venciessen al comprador en juyzio, por alguna cosa señalada de aquellas, tenudo es el vendedor de fazerle sana (161) al comprador aquella cosa señalada, como si le venciessen por toda la cosa principal sobre que fue fecha la vendida.

LEY 36. *Por cuales razones non es tenudo el vendedor, de fazer sana la cosa al comprador.*

El vendedor, segund de suso diximos (162), es tenudo de fazer sana la cosa quel vendio al comprador, o de tornar el precio, con todos los daños, e los menoscabos quel vinieron ende, si gela non ampara. Pero en casos y a, en que non seria assi. El primero es, si tardo tanto (163) el comprador de gelo fazer saber, que abriessen en juyzio los dichos de los testigos, que fueren aduchos en el pleyto que ouiessen mouido sobre ella. El segundo, si la cosa metiessen en mano de auenidores (164), sin sabiduria, e sin mandado de aquel

que entónces habrá lugar á la accion de eviccion por lo que nota Ang. en la Nov. 3., donde dice, que si á Ticio se le vendieron las prestaciones de un condado por cierto precio, y sucede que el condado se aumenta mucho á causa de agregársele otro territorio; deberá aumentarse la pension, á prorata del aumento de las prestaciones: ahora bien, si esto tiene lugar en el aumento, deberá observarse en caso de disminucion, l. 10. D. *de regul. jur.*: de esta decision de Ang. hace mencion Felino en el cap. *cum M. Ferrariensis, de constitut.* n. 3; y hace tambien al caso la l. 33. D. *locat.*; así que, lo que se dice en esta ley procederá cuando, quedando íntegro el territorio, sobreviniere alguna disminucion en las prestaciones; lo que manifiestan las siguientes palabras de la ley: *que saliesse de aquellas rentas,* etc.; y hace tambien al caso lo que nota Bald. en la l. 8. C. *locat.* q. 3., allí, *non à certi corporis qualitate:* se entiende pues que se han comprado las prestaciones con la condicion de permanecer la cosa en el mismo estado, l. 38. princ. D. *de solut.*, cap. 25. *de jur. jurand.*, l. 8. D. *de condict. ob caus.*, y cap. *ne quis arbitretur,* 22. q. 2; y como el comprador está obligado al pago de la cantidad respecto de cierta especie, es claro, que pereciendo esta debe quedar libre, l. 31. D. *locat.*, y se nota en la l. 2. C. *de rescind. vendit.* Fundado en esto dice Juan de Imol. en la l. 2. D. *solut. matrim.*, que si al comprador de ciertas prestaciones se le priva de ellas para lo sucesivo, sin que esto provenga de hecho suyo, no estará obligado al pago de la cantidad que prometió. Arguyen lo contrario esta l. y la l. 1. C. *de evict.* y el ser de la naturaleza del contrato de venta, que el daño y las utilidades corresponden al comprador, l. 1. C. *de peric. et comm. rei vendit,* y l. 7. D. del mismo tít. y la l. 23 de este tít.: además, estos compradores de prestaciones se asemejan á los que compran un resultado futuro cualquiera que sea, l. 8. §. 1. D. *de contrah. empt.* y l. 12. D. *de act. empt.*; y se parecen á los usufructuarios, segun Bald. en la l. 2. al fin. C. *de verb. signific.*: así pues, sea cual fuere el resultado, deben suportarlo, l. 7. y 9. D. *de usufruct.*; y hace tambien al caso el dicho notable de Bald. y Ang. en la l. 24. D. *de petit. hæred.*, y lo que sobre este punto aduce Dec. consil. 4. Sin embargo, creyera verdadera la primera parte, si una porcion del territorio se vindicase: pues entónces el vendedor estaria obligado á hacer tener y valer dicho territorio íntegro é intacto; y el daño que en este punto acontezca no pertenece al comprador, por lo que dijimos en primer lugar: menor seria la duda si no se hubiesen vendido las prestaciones y si únicamente fuesen dadas en arriendo, segun Bart. en la l. 1. C. *de jur. emphit.*; y en cuanto al medio de distinguir si el contrato es de venta ó de arrendamiento, v. Bart. en la l. 11. §. 5. D. *de publican. et vectigal.*, en la disput. que empieza *publicanus*, y Paul. de Castr. en el mismo lugar.

(160) Sigue á Az. suma C. *de evict.* vers. *pro quibus rebus.*

(161) Añád. l. 36. y 43. D. *de evict.* y l. 23. D. *de usucap.* Por esta ley parece reprobarse la decision de Alber. en la l. 2. al fin C. *de evict.*, donde dice que si vendiste un rebaño de diez ovejas, y se vindica una de ellas, habrá lugar á la accion de eviccion, porque quitada una, deja de ser rebaño, atendido que se necesitan diez ovejas para formarlo; empero si se vendieron veinte ovejas no habrá lugar á la accion dicha, aunque se vindicase una ó mas, pues que permanece el rebaño: alega las l. l. 1 y 2. D. *de evict.*

(162) L. 32. de este tít.

(163) Véase lo que dije en la l. 32. de este tít.

(164) Añád. l. 56. §. 1. D. *de evict.*, y allí dice lo mismo Bart. del caso en que prorogase la jurisdiccion de un juez incompetente, pues que

que gela vendio, e los auenidores diessen la sentencia contra el. El tercero es, si por su culpa se perdiesse la tenencia (165) de la cosa que le fuesse vendida. El quarto es, si dexo la cosa como desamparada, e perdiola. El quinto es, si la cosa quel fue vendida, era sierua, e aquel que la compro, la pusiesse en la puteria. Ca por tal razon como esta puede dezir la sierua, que deue ser forra (166); e si acaesciesse que lo sea, non es tenudo el vendedor de gela fazer sana, nin de tornar el precio. Otrosi dezimos, que si el comprador fuesse rebelde, en el tiempo que quisiessen dar la sentencia contra el por la cosa que ouiesse comprada, que non quisiesse aparescer para oyr el juyzio, e por razon de tal rebeldia (167) perdiesse la cosa que auia comprada; que non seria tenudo el vendedor de sanearla, nin de tornarle el precio. (*l*) El sesto es, si la cosa que compro, quando gela demandaron en juyzio, auia tanto tiempo que era tenedor della, que la podria amparar segund derecho por tal defension, si la pusiera ante si, e non la puso (168). El seteno es, si dieron sentencia sobre la cosa comprada, non estando delante el vendedor; e quando la dieron, non apelo (169) el comprador. Otrosi

(*l*) El seteno es Acad.

no tenia necesidad de hacerlo. Esceptúese si en virtud de ley ó estatuto se viese precisado á poner la decision del pleito en manos de árbitros, segun Bart. en dich. lug., y Bald. en la l. 1. C. *de peric. et comm. rei vend.* col. 2., el cual añade que en semejante caso debe ser citado el vendedor para la eleccion del árbitro, porque en este acto está en cierta manera la cuestion toda. Esceptúese tambien con Bald. en la l. 8. C. *de sentent.* col. 3, el caso en que cité al vendedor para que defendiera la causa ante el árbitro, ó suministrase los instrumentos para la defensa, y él se desentendió ó cumplió mal en este punto: pues entónces podré reconvenirle por la accion *ex empto.*, para que resarza los perjuicios, y así entiende á la Glos. en d. l. 56. §. 1: y esta escepcion puede fundarse en lo que dije sobre la l. 32. de este tít., nota 144, partiendo de lo que dice Bald. en la l. 1. C. *de peric. et comm. rei vend.*, y segun lo que allí espuse entiéndase á Bald. en d. l. 8. Esceptúese tambien el caso en que en la escritura de venta se hubiese convenido que de cualquier modo que se vindique la cosa, haya lugar al recurso de eviccion, véase una glos. notable en la l. 38. D. *de recept. arbitr.*, Bald. é Imol. en la l. 71. §. 1. D. *de legat.* 1 y Alex. consil. 4. vol. 3. col. 1.

(165) Añád. l. 29. §. 1. D. *de evict.*, y parece que debe entenderse en el supuesto que de la pérdida de la posesion se siga que deba perder el derecho de accionar sobre la propiedad, como en el caso de la l. 8. §. 1. C. *de præscript. 30 vel 40 annor.*; y esta parece ser la opinion de Bald. en d. l. 29.; ó bien si de otra suerte la pérdida de la posesion pudiese ser causa de no obtener victoria en el juicio de propiedad, ó si el derecho era dudoso, cap. 3. *de probat.*, reg. 11. *de regul. iur.* lib. 6.

(166) V. l. 4. tít. 22. Part. 4.

(167) Nótense estas palabras: en caso de duda, si fué contumaz, se presumirá condenado por razon de la contumacia, l. 55. D. *de evict.* y Abb. cap. últ. *de empt. et vend.*; es decir si permaneció contumaz mientras se alegaba y probaba: pero si estuvo presente durante el decurso de la causa, é hizo lo que debia para la defensa, podrá instituir la accion de eviccion aunque hubiese sido contumaz en el acto de proferirse la sentencia, porque en nada podia influir su presencia á dicho acto, como notablemente lo declara Bart. en la l. 3. D. *de pignor.*, y esta decision la cita como notable Abb., conformándose con ella, en el cap. pen *de re judicat.* col. 4. Nótese tambien que si las pruebas son claras no se presume que haya perdido la causa por su contumacia el reo que es condenado en ausencia, sino que se atribuye á su mala causa, segun la l. 2. C. *de contrar. judic. tutel.* y allí Bald., añád. Bart. cap. únic. *si de feud. vassal. ab aliq. interpel. fuer.*; y dice allí lo mismo del caso en que estuviese ausente en virtud de causa justa y probable, sobre lo cual v. Bald. en la l. 2. C. *quib. res judicat. non noc.* col. pen., y una glosa notable en la l. *alio*, §. 1. D. *de apellat.*, que Bart. cita en dicho lugar, dice, que condenado el comprador en ausencia y rebeldía, no puede apelar el vendedor, pues que no tiene ya interés en la causa, dado que no debe responder de la eviccion. Empero, si por pacto espreso hubiese contraido semejante responsabilidad, es evidente que en dicho caso podrá apelar, segun Ang. é Imol. en el lugar cit.

(168) Añád. l. 54. princ. D. *de evict.*, y dígase lo mismo de las impensas y mejoras hechas en la cosa; pues que sino las escepciona, no responderá de ellas el vendedor, segun la l. 45. §. 1. D. *de act. empt.*, la que es notable en esta materia, y lo anotado por Paul. de Castr. Alex. y Jas. en la l. 102. D. *de verb. oblig.*

(169) Añád. l. 63. §. 1. D. *de evict.* Nótese que siendo la causa justa, deberá apelar el comprador, aunque se profiera la sentencia hallándose el vendedor presente, segun la Glos., Bald y Ang. en el cit. §. 1.; y en estos términos debe entenderse esta ley cuando dice, *non estando delante el vendedor*, etc. es decir, que si la causa es mala ó dudosa, el comprador no deberá apelar si se halla el vendedor presente. Pero si el vendedor no estuviese presente á la causa, y la sentencia es justa,

dezimos, que si algun ome jugasse a tablas (170), o a dados, e estando en aquel juego vendiesse (171) alguna cosa, o la jugasse; si despues desto venciessen della en juyzio al comprador (172), o a aquel que la auia ganado, non seria tenudo el vendedor de amparar aquella cosa, nin tornarle el precio. Esso mismo seria, si el comprador consintiesse, que ficiessen alguna cosa sagrada, de lo que compro, plaziendole, o lo non contradizciendo. E aun dezimos, que si algund Juez diesse sentencia (m) torticeramente, a sabiendas (173), contra el comprador, sobre la cosa que ouiesse comprada, que entonce aquel Juez gela deue sanear, e pechar de lo suyo, porque gela mando tomar a tuerto; e non el vendedor, porque el non es tenudo de ampararla, sino a derecho.

LEY 37. *Como, si el Rey tomare el heredamiento al comprador, non es tenudo el vendedor, de fazergelo sano.*

Alcaria, o otro heredamiento vendiendo vn ome a otro, si despues que el comprador fuere entregado en ella, gelo tomare el Rey, o otro por su mandado, non es tenudo el vendedor de tornar el precio que rescibio por el, nin fazergelo sano. E esto se entiende, quando el vendedor ouo carta plomada (174) del Rey, en que otorga que le pueda vender, e enagenar: ca si tal carta non touiesse (175), tenudo seria de gelo sanear. Esso mismo dezimos que seria, si el vendedor touiesse carta (n) de los partidores (176) del Rey, en que dixesse, que le dauan aquel heredamiento por juro de heredad, o por particion, o por cambio de otro heredamiento que le ouiesse tomado (177). Ca si el Rey gelo tomasse al com-

(m) torticeramente contra el Acad.

(n) de los procuradores Tol. 1.

resultando así del proceso, no estará obligado á apelar el comprador, segun Ang. en d. §. 1., si bien la Glos. sienta allí lo contrario en la parte *venditore*, y lo mismo opina Juan de Imol. en el cap. últ. col. 4. *de empt. et vend.*, y lo mismo dice si se dudara acerca la justicia de la sentencia, pues que entónces la presuncion está á favor de la misma: si es injusta, deberá apelar el vendedor, segun esta ley y d. l. 63. §. 1.: si apeló cuando no debia, deberá seguir hasta su término la instancia de apelacion, segun el cit. §. 1.: véase allí la Glos. sobre la parte *præscriptione.*—* véase Covarr. var. Res. lib. 3. cap. 17. n. 9.

(170) Hablando de juego prohibido, parece quiere suponer que si el juego es lícito no será aplicable la disposicion, y así lo establece la Glos. en la l. últ. D. *quar. rer. act. non det.*, si bien Ang. en dicho lugar no admite distincion alguna.

(171) Añád. l. últ. §. 1. D. *quar. rer. act. non det.*

(172) Que era su compañero en el juego: pues no concurriendo esa circunstancia en el comprador, tendrá la accion de eviccion, segun la Glos. en la l. 24. §. 4. D. *de minor.* sobre la parte *non omnimodo*, y esto parece ser la opinion de Bart. en la l. últ. al fin D. *de usucap. pro emptor.*, y lo sienta Estévan de Costa en su tratado del juego col. pen., y esta parece ser la intencion de esta ley cuando añade, *ó aquel que la auia ganado*, etc. Añád. Ang. en la cit. l. últ. §. 1. vers. *deinde quæro.*

(173) Lo mismo seria si hubiese juzgado mal por impericia, segun la l. 51. D. *de evict.*, y porque media la misma razon, pues que en este caso el juez es tambien responsable, segun la l. 24. tít. 22. Part. 3. y lo que en ella dije; y procede esto aun cuando no hubiese habido la menor culpa de parte del comprador, Bart. en la l. 67. D. *de fidejussor.*

(174) V. l. 4. tít. 18. Part. 3.

(175) Parece que aun cuando el vendedor no tuviese semejante escritura, no responderá de la eviccion, pues que ella proviene del poder soberano del Príncipe, segun la l. 11. D. *de evict.*; y porque no incurre en responsabilidad el vendedor cuando al comprador se le priva de la cosa por un acto estrajudicial, y como á la fuerza, segun la l. últ. C. *de act. empt.* y Abb. cap. últ. *de empt. et vend.* vers. *sed dubium est.* Podria decirse que en el caso de esta ley, el Príncipe no quitó la cosa al comprador, ni estrajudicialmente, ni como á la fuerza, sino por via de derecho; y que por lo mismo el vendedor debe responder de la eviccion; pero, habiéndole dado permiso el Rey para vender la cosa de que le hizo donacion, no responderá del acto con que el mismo Rey la quita al comprador, lo que es singular. O bien dígase, que aun cuando el Rey hubiese arrancado la cosa al comprador sin observar las formalidades de derecho, tendrá este accion contra el vendedor, si no se le hubiese concedido el indicado permiso, porque la presuncion está á favor de los actos del Príncipe, aunque proceda estrajudicialmente, segun dice la Glos. en la l. 4. D. *de pæn.*, Cin. y otros en la l. últ. C. *si contra jus. vel utilitat. public.* y Abb. cap. *quæ in ecclesiarum, de constitut.* col. 4.; así pues por esta ley se corrige la l. últ. C. *de act. empt.* —* Véase la nota 4 de este título.

(176) Hace al caso la l. 11. D. *de evict.*

(177) Es decir, el Rey.

prador, que fuesse entregado en ello, despues non seria tenudo el vendedor (178) de la gela fazer sana.

LEY 38. *Quales posturas, o pleitos, que fazen el vendedor e el comprador entre si, son valederas.*

Postura, o pleito que pone entre si el vendedor con aquel que compra la cosa del (solo que non sea contra las leyes (179) deste nuestro libro, nin contra buenas costumbres (180)) deue ser guardada. Otrosi dezimos, que si el vendedor, e el comprador ponen pleyto entre si, que el comprador pague el precio a dia señalado, e si non lo pagare aquel dia, que sea desfecha (181) porende la vendida; que tal pleyto como este es valedero: e gana porende el vendedor la señal (182), o la parte del precio que le fue dado, si al plazo non le fue fecha la paga, toda, o la mayor parte della: e desfazese la vendida. Pero con todo esto, en su escogencia (183) es del vendedor, de demandar todo el precio, e fazer que vala la vendida; o de reuocarla, teniendo para si la señal, o la parte del precio, segund que de suso es dicho. E despues que ouiere escogido vna destas cosas sobredichas, non se puede despues arrepentir, de manera que dexe aquella, por auer la otra. Otrosi dezimos, que si el comprador ouiese rescebido algunos fructos de la cosa, que assi ouiesse comprada, que los deue tornar al vendedor; fueras ende, si el que la vendio (ñ) no quiesse tornar la señal, o la parte del precio que ouiesse rescebido: ca entonce non deue auer los frutos. Pero si el vendedor quisiere los frutos, tenudo es de dar al comprador las despensas, que ouiesse fechas en cogerlos (184).

(ñ) quisiere tornar la señal Acad.—quisiere tener la señal Tol. 1. y Esc. 1. 2. y 3.

(178) Nada puede imputársele, dado que debia considerarse seguro en virtud de semejante título emanado del Rey ó del fisco, l. 1. C. *de fund. rei privat.* y l. 1. C. *ne fisc. rem quam vend. evinc.*; así que, resultará en semejante caso una injuria hecha al comprador, de la cual el vendedor no debe responder, segun la l. últ. C. *de act. empt.*; l. 51. D. *de evict.* y la l. anter. al fin: si el Príncipe obró con justicia, tampoco deberá la indemnizacion el vendedor, el cual no debe responder de tales contingencias, l. 11. D. *de evict.*

(179) Añád. l. 27. §. 3 y 4. D. *de pact.* y varias leyes del tít. 11. de esta Part.

(180) Añád. reg. 58. *de regul. jur.* lib. 6.

(181) Nótense estas palabras, porque equivalen á aquellas, *res sit inempta*, que son las del pacto de la ley *commissoria*, l. últ. D. *de leg. commissor.* y l. 4. C. *de pact. inter empt. et vendit.* Estas palabras, pues, no son de la sustancia del pacto, de modo que sin ellas no se verifique la traslacion de dominio; sino que el mismo efecto producirán otras equivalentes; contra lo que pretendia Ang. en la l. 3. C. tít. cit. Nótese tambien que el efecto de la devolucion del dominio á la persona de la cual procedia, no es peculiar del pacto de la ley *commissoria*, sino que resulta de todos los pactos que tienen fuerza resolutiva, segun Bald. en la l. 3. C. *de condict. ob caus.* col. 3. vers. *ego dico*, y Paul. de Castr. en la l. 1. D. *de donat.*, donde dice, que si se convino que no cumpliendo con lo prometido el que recibe la cosa, se tenga la entrega por no hecha, podrá instituirse la accion *rei vindicativa*; porque semejante pacto tiene fuerza retroactiva, lo mismo que el de la ley *commissoria* y el de *adictio in diem*, y porque hay la misma razon que en estos; lo mismo opina Decio, consil. 187. col. pen. n. 4.: y con Bald. se conforma Alex en la l. 38. §. 1. D. *de adquir. posses.* Empero, Bart. y Ang. en la l. 1. D. *de donat.* sientan que el indicado efecto es especial del pacto de la ley *commissoria*, y lo mismo repite Bart. en la l. 19. D. *de usucap.*, cuya opinion dice ser la general Alex. consil. 10. col. 3. vol. 1.; pero la de Bald., Paul. de Castr. y Dec. tienen á su favor la equidad y la razon. Adviértase, que á fin de que el pacto de la ley *commissoria* ó su equivalente produzca *ipso jure* la reversion del dominio al vendedor, es preciso que se interponga en el momento mismo del contrato, es decir, antes que en virtud de este resulte adquirido derecho alguno, segun una glosa en la l. 58. D. *de pact.* sobre la palabra *cogitur*, y Alex., en el cit. consil, 10. col. 4. vers. *quinto confirmatur.* — * A lo que se dice en esta glosa que el pacto de la ley *commissoria* produce *ipso jure* la reversion del dominio al vendedor, cuando la condicion se verifica, se opone directamente la l. 3. C. *de pact. inter empt. et vend.*, cuyas palabras son estas: *Qui ea lege prædium vendidit, ut nisi reliquum precium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur: si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet:* tenemos pues, que el vendedor no podrá dirijirse contra un tercero poseedor.

(182) Aunque sobre el particular no hubiese mediado pacto espreso, segun esta ley y la l. 6. D. *de leg. commiss.*, y lo nota la Glos. en la l. 4. princ. tít. cit. sobre la palabra *perdidit.*

(183) Añád. l. 4. §. 2. D. *de leg. commiss.* y allí la Glos.: se presumirá haber renunciado al pacto de la ley *commissoria*, si pasado el término prefijado demanda el precio, segun la l. 7. D. tít. cit.

Otrosi dezimos, que si la vendida se desfiziesse, e la cosa fuesse empeorada por culpa del comprador, demientra que la el touo, que es tenudo de mejorar al vendedor el empeoramiento (185).

LEY 39. *Del pleyto que el vendedor faze con el comprador, cuyo es el daño que viene en la cosa comprada, ante que la entregue.*

Pleyto faziendo el vendedor con aquel que compra, que si la cosa que le vende se empeorasse, o perdiesse, ante que la entregasse al comprador, que tal daño, o empeoramiento, pertenezca al vendedor, entonce dezimos, que seria el peligro del que la vendio (186). Esso mismo seria si la cosa que vendiesse, fuesse vino; diziendole al comprador, que era de tal lugar, o de tal natura, que se podria guardar, que se non dañaria por vn muy grand tiempo. Ca si se dañasse, o si se dañasse, o si se empeorasse, ante que lo ouiesse entregado, suyo seria el peligro, e non del comprador. Otrosi dezimos, que lo mismo seria, si supiesse el vendedor, que el vino era tal que se dañaria, e se callasse (187).

(184) Añád. l. 7. D. *solut. matrim.*
(185) Añád. l. 4. princ. D. *de leg. commiss.*
(186) Añád. l. 10. D. *de peric. et comm. rei vend.*
(187) Debe pues el vendedor de vino advertir al comprador acerca de si por su calidad se halla ó no espuesto á deteriorarse; de modo que si callare el vendedor en este punto será responsable del deterioro, aunque el vino se hubiese vendido en especie ó determinadamente, segun esta ley y la l. 15. D. *de peric. et comm. rei vend.*, de la cual esta trae su orígen.

(188) Haciéndose de esta suerte el pacto en la cosa y no en la persona. Y cuando se hubiese convenido en la forma siguiente; si otro ofreciere mejor condicion, nos apartarémos del contrato, ó *la cosa se tendrá por no comprada* ¿será preferido entónces el primer comprador queriendo la cosa por el tanto ó con las últimas condiciones ofrecidas? La Glos. en la l. 8. D. *de in diem addict.* está por la negativa, al paso que Bald. en la misma ley sostiene la afirmativa suponiendo que con él está conforme la Glos. en el lug. cit.: pero sígase la opinion de Bald. con la que están conformes Ricard. y Alber. en d. l., por militar la misma razon. Empero Az. en la suma C. *de pact. inter empt. et vend.* col. últ. sienta lo mismo que la Glos. aunque no decididamente: esto no obstante sígase la opinion de Bald.

(189) Pero si se hiciere sin señalamiento de dia, y sin añadir la palabra perpetuamente ¿se podrá en cualquier tiempo admitir la mejora de condicion? Dígase que sí, segun la l. 41. D. *de re judicat.*, donde se establece que vale el pacto sin señalamiento de dia, y lo sienta Alber. en la l. 1. D. *de in diem addict.*

LEY 40. *Del pleyto (o) que el vendedor pone en la cosa que vende so condicion.*

Usan los omes en las vendidas otra manera de pleyto, como quando dize el vendedor: Vendote tal mi viña por tanto precio, sobre tal pleyto, que si yo fallare quien me de mas por ella (188) fasta tal dia (189), que lo pueda fazer. E dezimos, que si la vendida fuesse fecha desta guisa, e el vendedor fallasse fasta aquel dia, quien le diesse (190) mayor precio por la viña, o que le mostrasse alguna otra mejoria (191), que el otro le prometia a dar en la compra; deue esto fazer saber (192) al primero comprador, quanta es la mejoria que el otro le prometia a dar. E si el le compliere aquella mejoria, deuela rescebir del (193), e dexarle la viña, dandole el precio sobredicho con la mejoria (194). E si esto non quisiere complir el primero comprador, non vale la vendida. E es tenudo el comprador, de tornarle la viña, con los frutos (195) que recebio della; sacando ende pri-

(o) que pone aquel que vende con el comprador que pueda vender la cosa á otri que mas le diere fazta plazo ciento, cómo debe seer guardado. Acad.

(190) Aunque sea insolvente, con tal que el vendedor admita la proposicion, segun la l. 14. §. 2. D. *de in diem addict.*
(191) V. l. 4. §. 6. D. *de in diem addict.*, la que es notable en este punto.
(192) Añád. l. 8. D. *de in diem addict.*
(193) Añád. l. 8. cit. y lo que dije en la nota 187.
(194) No se requiere segun esto que se mejoren las condiciones, y así debe entenderse la l. 7. D. *de in diem addict.*, como lo declara allí Alber. siguiendo á Ricard.: en cuanto á los frutos que hubiese percibido antes de mejorarse las condiciones, debe restituirlos al vendedor, segun la l. 6. D. tít. cit., porque ya no posee la cosa en virtud del primer contrato, sino en fuerza de un contrato nuevo, de ahí es que no puede lucrar dichos frutos, segun Bald. allí, y Bart. en la l. últ. D. *de jur. fisc.*
(195) Añád. l. 6. y l. 14. D. *de in diem addict.*— *Justo seria que del valor de los frutos se dedujesen los intereses del precio; pero como ya advertimos en la nota última al título 1.º de esta Part., los que redactaron este código consideraron el dinero como infructífero.

meramente las despensas que fizo en cogerlos. Pero si el que pujasse el precio, assi como sobredicho es, fuesse fijo, o sieruo (196) de aquel que vendio la cosa, o otro que lo fiziesse engañosamente (197) por su consejo; estonce non seria tenudo el comprador, de tornarla, nin de guardar el pleyto.

LEY 41. *De la postura que es puesta sobre el peño; si non fuere quito a dia cierto, que fuesse comprada del que la tiene a peños; si deue valer, o non.*

Empeñando vn ome a otro alguna cosa, a tal pleyto, que si la non quitasse a dia cierto, que fuesse suya comprada, de aquel que la rescebio a peños; dando, o pagando, sobre aquello que auia dado quando la tomo a peños, tanto quanto podria valer (198) la cosa, segund aluedrio de omes buenos; tal pleyto como este deue valer. Mas si la (p) comprasse de otra guisa, diziendo assi: que fazia tal pleyto con el, que si la non quitasse a dia señalado, que fuesse suya, por aquello (199) que daua sobre ella a peños (200); entonce non valdria el pleyto, nin la vendida. E por esta razon non tenemos por bien que vala tal pleyto, porque los que emprestan (201) dineros a otros

(p) empeñase Acad.

(196) Añád. l. 14. §. 3. D. *de in diem adidic.*

(197) Como en la l. 14. princ. D. *de in diem addict.*, donde puede verse el caso en que el mismo vendedor hiciese aparecer otro comprador.

(198) Concuerda con la l. 16. §. últ. D. *de pignor.*; y no es necesario que la definicion del precio se deje espresamente al arbitrio de buen varon, como aquí se indica; siendo bastante que se diga justo precio: porque ya se entiende que debe fijarse por juicio de buen varon, segun la l. cit. y la l. últ. al fin C. *de jur. dominii impetr.*: aun adelanta mas Bart. en la l. *quamvis*, D. *de solut.*, á saber, que aun cuando no se diga *por el justo precio*, con tal que se esprese *por la deuda*, se entiende venderse, ó darse en pago de deuda por el justo precio, y alega el cit. §. últ. de la l. 16. D. *de pignor.*: pero parece obstar esta ley y la l. 12. tít. 13. de esta Part.; véase lo que allí dije: podrá sostenerse la decision de Bald., de modo que en caso de duda se entienda que las partes se han referido al justo precio; y lo mismo que Bart. sienta Abb. en el cap, *significante, de pignor.*: empero, si el deudor estuviese en posesion quedará libre ofreciendo ó pagando la deuda, l. 45. D. *de solut.* y Bald. y Ang. en la l. 1. C. *de pact. pignor.*

(199) Tendrémos lo mismo si el pacto se concibe en los siguientes términos: *te doy en prenda tal cosa, y si dentro un mes no la desempeñase, que nunca mas pueda verificarlo*: pues que es lo mismo que si se dijera que el dominio pase entónces al acreedor, véase una glos. notab. en la l. últ. C. *de pact. pignor.* y Bald. en el cap. 1. *de feud. dat. in vic. leg. commiss.*

(200) Empero, cuando sin dar prenda conviene el deudor con el mutuante, que si no le devuelve dentro de tal tiempo la cantidad prestada, se entienda quedarle vendida tal cosa por el crédito, será valido el pacto, segun la l. últ. D. *de contrah. empt.*, notable en esta materia, y Bald. en el cap. 1. col. 2. vers. *quœro utrum valeat, de feud. dat. in vic. leg. commiss.* Veamos respecto de otro pacto; *se ha convenido con el fiador que sino se le libraba de la obligacion que habia contraido cediese a favor suyo, a título de indemnizacion, la prenda que para su seguridad se le habia dado:* Bald. en el cit. cap. 1. vers. *sed nunquid.* col. 1., dice ser válido, y que este es el modo especial de procurarse la indemnizacion los que se obligan por otro, y añade hallarse un caso de esta naturaleza en d. l. últ. princ., y que así lo sienta la Glos. en d. cap. 1. glos. 1. al fin. Pero adviértase que á diferencia del caso propuesto por Bald., en el de la Glos. y de d. l. la prenda no se dió al fiador, sino al acreedor; así pues en el caso de Bald. deberémos seguir la opinion contraria, que sostiene Alber. en d. l. últ.

(201) De estas palabras *los que prestan* parece deducirse que el pacto de que se trata es nulo cuando la prenda se diese por causa de mutuo; y no si tuviese por objeto el afianzamiento de otra deuda. Sin embargo, esta distincion deberá desecharse, porque semejante pacto se reprueba indistintamente en todo género de hipotecas, l. 1. y últ. C. *de pact. pignor.*, l. últ. D. *de contrah. empt.* y l. 45. D. *de solut.*, y lo establece Ang. en la l. 16. §. últ. D. *de pignor.*: y esta ley tomó el ejemplo del préstamo porque en él es mas comun dicho pacto: añád. cap. 7. *de pignor.* En beneficio de la dote ¿será válido el pacto puesto para el caso que el marido no la pague dentro cierto tiempo? V. Bald. en d. cap. 1. *de feud. dat. in vic. leg. commiss.* y Bald. novel. en el trat. *de dote*, fol. 22. col. 3. vers. *quinquagessimum primum privilegium*, donde está por la afirmativa. ¿Podrá renunciarse la prohibicion de la ley en este punto? La Glos. y Salic. en la l. 1. C. *de pact. pignor.* dicen que no, así como Juan de Imol. en d. cap. 7. col. 4., porque se introdujo en odio del acreedor: ni el pacto adquirirá fuerza legal por medio del juramento, si bien el que jure quedará obligado á la observancia del pacto, á consecuencia de dicho acto religioso, segun Bart. en la l. 56. D. *de fidejussor.* y en la l. 27. D. *ad leg.*

sobre peños, non lo querrian fazer de otra guisa. E los omes quando estouiessen (202) muy cuytados con muy grand mengua que ouiessen, farian tal pleyto como este, maguer entendiessen que seria á su daño.

LEY 42. *De los que venden por cierto precio a otros alguna cosa, con condicion quel vendedor, o su heredero, la puedan cobrar tornando el precio.*

Por cierto precio vendiendo vn ome a otro alguna cosa, poniendo tal pleyto entre si en la vendida que quando quier (203) que el vendedor

Falcid., y latamente Juan de Imol. en el cap. 7. cit. *de pignor.* col. 5 y 6, al cual véase.

(202) De aquí se infiere que será válido el pacto cuando se interponga despues de celebrado ya el contrato, l. 34. D. *de pignor.*, y entiéndase esto segun la Glos. y Bart. en d. l. *quamvis.* D. *de solut.*

(203) ¿Pero hasta cuando podrá el vendedor usar del derecho de ofrecer el precio en virtud del pacto? Varian las opiniones: unos dicen que en todo tiempo, otros que hasta treinta años, y otros por el espacio de cuarenta, segun refiere Alber. en la l. 2. C. *de pact. int. empt. et vend.* Jas. en la l. 27. C. *de pact.* col. 4. vers. *circa ista,* quiere que este derecho quede prescrito transcurridos treinta años, refiriéndo la decision de Ang. consil. 55., y lo mismo opina allí Felip. Dec. col. 2.; y dice que no obsta la l. 31. §. 32. D. *de edict. edict.*, donde se espresa, que si se ha convenido que en todo tiempo pueda hacerse la *redhibicion* valdrá el pacto; en virtud de cuyo testo arguyen que tendrá lugar lo mismo en el pacto de retroventa, Fabian. trat. *de empt. et vendit.* 3. q. de la 7. q. principal, y Andr. Sicul. consil. 51. col. 10. vol. 1., y Fulgos. consil. 123; porque d. l. no procede respecto de la prescripcion odiosa que se ha introducido meramente en odio del que descuida sus derechos, cual es la de treinta años, á la que no puede renunciarse, como tambien lo sienta Bart. y es la opinion comun de los Doct. en la l. 55. D. *de legat.* 1., á cuya opinion que es tambien la de Ang. Jas. y Dec. parece debemos suscribir, porque segun Bald. en el cap. 1. col. 2. *de feud. dat. in vic. leg. commis.* es preciso reconocer que es prescriptible el derecho de ofrecer, cuando es preliminar del derecho de accionar, l. últ. C. *de bon. auctor. judic. possid.* Tal vez por la l. 63. de toro deberá decirse prescrito ese derecho al cabo de los veinte años, por ser personal la accion, segun la l. 2. C. *de pact. int. empt. et vendit.* Sin embargo, podrán admitirse tres escepciones: 1.ª Si se ha prefijado tiempo; pues se atenderá á él, ya sea mayor ya menor que el de la ley: respecto del tiempo mayor lo afirma Fabian. en el lug. cit., y además parece que se ha renunciado á la prescripcion, prorogando el término legal: hacen al caso la auth. *quas actiones* C. *de Sacros. Eccles.*, la l. 3. D. *quib. mod. ususfr. amitt.*, Ang. en la l. 46. princ. D. *de verb. oblig.* y Juan Fab. en la l. 3. C. *de præscript. 30 vel 40 annor.*: por lo que mira al tiempo menor que el legal lo sostiene Dec., siguiendo á Ang., en d. l. 27. C. *de pact.* y Socin. consil. 241. vol. 2. últ. *charta.* 2.ª Si el contrato fuere usurario, Dec. en d. lug. siguiendo á Bald.; y 3.ª si hubiese lesion enorme en el precio, y juntamente el pacto de retroventa: porque presumiéndose usurario el contrato, segun la opinion de muchos, cuando á la lesion dicha se agrega el pacto de redimir perpetuamente, deberá darse lugar á la redencion, aun despues de trascurridos los treinta años: y nótese esto particularmente. ¿Pero si habiendo prefijado cierto tiempo las partes, espresaron que no obstase el transcurso de este, mientras que no hubiesen definitivamente convenido acerca de un término mayor? Esta cuestion que se me ha ofrecido en la práctica deberá resolverse diciendo que no obsta el transcurso del tiempo, como notablemente lo trae en un caso semejante Paul. de Castr. consil. 11. col. últ. vol. 1., y lo prueba la Clement. *quamdiu, de apellat.* —*La l. 5. tít. 8. lib. 11. Nov. Recop. (l. 63. de Toro) establece sin escepcion que las acciones personales se prescriban con el transcurso de 20 años, y con el de 30 aquellas que se hallan corroboradas con hipoteca: ahora bien, siendo meramente personal, ó personal é hipotecaria la accion que deriva del pacto de retro, es consiguiente que quedará prescrita pasados los 20 ó 30 años. Se dice que la prescripcion puede renunciarse; pero se incurre en un absurdo. Uno de los fundamentos principales de la ley respecto de la prescripcion, está en que, si bien despues de cierto tiempo puede conservarse la escritura, que contiene el contrato, por ej., ó hallarse los testigos que lo presenciaron; es muy fácil que haya desaparecido otra escritura que en todo ó en parte quitara la fuerza á la primera, ó que no se hallen los testigos que depondrian acerca de la fuerza, del dolo, ó de un pacto posterior, ó que se haya perdido el hilo que condujera hasta descubrir la suplantacion, ó el perjurio. Luego, segun la mente de la ley, no puede caber en el juez la conviccion moral, y de consiguiente será imposible la prueba legal, pasado el término de la prescripcion: así que, las cosas quedarán en el estado en que se hallan, esto es, cada uno en la posesion del derecho que disfrute. Antonio Gomez es uno de los que opinan que pueda estipularse la perpetuidad de la retroventa, y se apoya principalmente en una ley del Digesto, donde se dice, que vale el pacto que espresa poderse hacer la redibicion *in perpetuum*:

(204), o sus herederos (205), tornassen el precio al comprador, o a los suyos, que fuessen tenudos de tornarle (206) aquella cosa que assi vendiesse; dezimos, que si tal pleyto fuere puesto en la vendida, que deue ser guardado: e si el comprador, o sus herederos, non quisieren guardar el pleyto, nin tornar la cosa, assi como es sobredicho, si pena fuere puesta en el pleyto, deuela pechar. E si el vendedor, o sus herederos, quisieren rescebir la pena (207) deuese partir de la cosa vendida; fueras ende, si el pleyto fue puesto, que tornasse la cosa, e pechasse (208) la pena. E si pena non fue puesta en el pleyto, entonce el comprador (209) es tenudo de tornar la cosa

no advirtió este célebre jurisconsulto que esta palabra, en el derecho romano, no indica un término indefinido, y si el tiempo fijado para la prescripcion de las acciones civiles.

(204) ¿El derecho procedente de este pacto, podrá cederse á un tercero por el vendedor? Ang. en la l. 3. C. *commun. divid.* dice que no: merece pesarse esa decision notable.

(205) Aunque esto no estuviese espreso, aunque el pacto hablara solo del vendedor, tendrán igual derecho sus herederos, segun la Glos., generalmente seguida, en la cit. l. 2. C. *de pact. int. empt. et vend.*, donde puede verse por lo que dicen los Doct., cuando el derecho de ofrecer el precio pasa á los herederos, así como en la l. 48. D. *de verb. oblig.*

(206) Nótese que aun cuando no se esprese que deba revender la cosa, deberá entregar la cosa misma si se dijo que la devolveria, segun esta ley cuando dice, *el comprador es tenudo de tornar*, etc.; y no cumplirá con pagar el *id quod interest;* y con esto se decide la cuestion que ocupó tanto á Socin. consil. 253. vol. 2., 3ª. duda: empero, cuando simplemente hubiese prometido revender, y no devolver la cosa, cumplirá dando el *id quod interest*, porque entónces está obligado á un mero hecho, Bart. en la l. 49. §. 9. D. *de legat.* 1, y Socin. consil. cit. — * No es este un mero hecho de la clase de aquellos á los cuales el deudor no puede ser precisado, véase la l. 15. tít. 10. lib. 3. del Fuero real, y á Vinio, Inst. tít. *de empt. et vend.* princ. n. 4 y sig. Sobre restitucion de frutos, abono de mejoras y demás de esta clase, véase Pothier, tratado de la compra y venta, parte 5ª. cap. 2. sec. 3. §. 5.

(207) De aquí se colige que el vendedor puede prescindir de la pena, y pedir que se le entregue la cosa en virtud del pacto: y así corresponde, porque la estipulacion penal no viene á novar la accion para la retroventa, y de consiguiente al vendedor debe corresponderle la eleccion entre las dos acciones, arg. l. 28. D. *de act. empt.*

(208) Añád. l. 34. tít. 11. de esta Part. y lo que allí dije.

(209) Si el comprador vendiese la cosa á un tercero ¿el primer vendedor podrá pedir que se le devuelva la cosa, ofreciendo el precio al primero ó segundo comprador? Parece que no, dado que la accion no es real sino personal, como que procede de pacto, segun la l. 2. C. *de pact. int. empt. et vendit.*, de consiguiente no compete contra el sucesor singular, l. últ. D. *de contrah. empt.* Sin embargo parece por el contrario que debe darse al vendedor la accion *reivindicativa util* contra el segundo comprador, segun la l. 13. D. *de pignor. act.*, en virtud de cuyo testo, bastante notable, arguye al pacto de retroventa Paul. de Castr. allí, y fundándose en la l. 31. D. *de pignor.;* lo mismo sienta Cuman. en la l. 1. D. *de donat.* al fin, y Socin. consil. 80. vol. 3. q. *quæ vertitur inter Illustrissimum Ducem* etc.; al paso que opina lo contrario Alex. consil. 10. vol. 1., al cual contesta Socin. consil. cit. Y ciertamente, la opinion de Castr. no puede sostenerse atendido el rigor del derecho, porque la l. 13. D. *de pignor.* en que se funda, versa sobre el caso en que el acreedor no vende la cosa sino el derecho de hipoteca; y por lo mismo está muy conforme el que el deudor dueño de la misma tenga la accion *reivindicativa*, segun dice Alex. en el cit. consil. 10: además no es lo mismo que el deudor accione contra el que compró de su acreedor, quien parece haber vendido la cosa bajo las mismas condiciones con que la tenia, segun lo anotado en la l. 1. C. *creditor. evict. pignor. non deb.* y en la l. 13. C. *de evict.*, en cuyo caso el comprador está tenido por la accion real por razon del pacto de retroventa; no es lo mismo esto, digo, que el accionar contra el segundo comprador, mero succesor singular, contra quien no le compte al primer vendedor ninguna accion ni real ni personal. Sin embargo, la citada decision de Paulo no deja de ser muy equitativa; y véase mas abajo la nota 211. ¿Qué dirémos si al comprador le fué vendida la cosa por dos sugetos con un mismo acto y mediante la interposicion del pacto de que se trata, y uno solo de ellos quiera usar del derecho de retroventa? Parece que no será escuchado, segun la l. 11. §. últ. y l. 12 y 13. D. *de in diem addict.*, y fundado en la primera así lo afirma Bart. en la l. 46. D. *de solut.* y con él Castr. en el mismo lugar, Bart. en la l. 30. D. *de usufruct. legat.* y Fabian. de Monte en su trat. *empt. et vendit.* q. 2. de la 7. q. princip., y Juan de Platea en la l. últ. C. *de agricol. et mancip.*: Castr. en dich. l. 46. añade, que tampoco será escuchado, aunque ofreciese todo el precio pretendiendo la reventa por el total; lo que merece notarse: y lo mismo sostiene latamente Socin. consil. 16. vol. 4., y añade Bald. en la cit. l. 2. C. *de pact. int. empt. et vendit.* y Jas. latamente en la l. 72. D. *de berv. oblig.*

en todas guisas (210), si es en su poder; e si en su poder non es (211), deue pechar (212) al vendedor todos los daños, e los menoscabos, que le vinieron porque non *(q)* torno aquella cosa, que assi auia vendida.

(*q*) cobró Acad.

LEY 43. *Que si el vendedor pone con el comprador, que non venda, nin empeñe cosa a omes señalados, deue ser guardado.*

Castillo, o torre, o casa, o otra cosa qualquier, vendiendo un ome a otro, a tal pleyto que el comprador, nin sus herederos (215) nunca lo pudies-

col. 13. Nótese que si el comprador que obtuvo la cosa bajo semejante pacto, la hipoteca, desaparecerá ese derecho al verificarse la retroventa; porque en virtud de una causa necesaria vuelve la cosa al vendedor, como lo nota Bald. en la l. 9. D. *de aqua pluv. arcend.*, en la l. 3. D. *quib. mod. pign. vel hipot. solv.* y en la l. 4. §. 3. D. *de in diem addict.*, fundándose en este último testo, y Alex. consil. 45. vol. 5. col. 2. Si fuesen dos ó mas los herederos del comprador, y uno de ellos posea la cosa solidariamente ó en comunion con otros, ¿deberá condenársele á la restitucion del todo? V. Socin. en el cit. consil. 253. duda 4ª. donde concluye por la afirmativa. — * Parece indudable que no podrá instituirse la accion para la retroventa, contra un tercero poseedor; véase lo que dijimos en la nota 180, y á Gomez, *var. resol.* tom. 2. cap. 2. n. 29. Ahora, si dicho pacto no obsta para que el comprador transfiera irrevocablemente el dominio á un tercero, parece que menos debiera obstar para que constituyese hipoteca irrevocable: la distincion que se hace entre la devolucion del dominio necesaria y la voluntaria, es de dudosa aplicacion en nuestro caso, no existiendo disposicion alguna que indique tener fuerza retroactiva el pacto: sin embargo, la l. 67 de este tít. dispone en términos bastante absolutos que si el comprador empeñase la cosa á otro, y despues se deshiciese la venta, el acreedor deberá devolver dicha cosa al vendedor: véase lo anotado en dicha ley.

(210) V. nota 205.

(211) Entiéndase por dolo, culpa ó hecho del comprador, arg. l. 79. D. *de rei vindicat.*, l. 91. §. 1. D. *de verb. oblig.* vers. *idemque;* pues que pereciendo la cosa antes de la mora, quedaria libre de responsabilidad, l. 23. D. *de verb. oblig.* y otras semejantes: ¿y si la hubiese enagenado movido de la necesidad? V. l. 15. §. 1. D. *de rei vindicat.*

(212) Si pues la cosa pasa á otras manos el comprador deberá el *id quod interest*, segun esta ley; lo que prueba contra la opinion de Castr., como dije en la not 208; si bien esta ley no concluye, porque puede entenderse de modo que atribuya al vendedor entrambas acciones, á saber, la que se dirige á pedir el *id quod interest* al primer comprador y la *reivindicativa util* contra el segundo, como dice Castr. cuya opinion puede en derecho admitirse en el caso que el pacto de retroventa se formule con palabras directas, es decir, que en el caso de devolverse el precio se entienda no vendida la cosa, como lo declara el cit. Castr. en la l. 7. C. *de pact. int. empt. et vendit.*

(213) La prohibicion de enagenar, pues, que pesa sobre el comprador, no pasará á los herederos si no se espresa, segun se infiere de esta l. y de la Nov. 108. §. 2. del preámbulo, y allí lo nota la Glos. ¿Pero si á los herederos se les ha prohibido enagenar, se entenderá de los primeros tan solo ó tambien de los que vayan sucediendo? Bart. siguiendo á Jacobo de Aret. en la l. 93. §. 1. D. *de legat.* 3. opina que la prohibicion es estensiva á todos los sucesores, fúndase en la ley cit., en la l. 98 del mismo tít. y en dich. Nov.: lo mismo siente el propio Bart. siguiendo á Din., y con él Juan de Imol. en la l. 114. §. 14. D. *de legat.* 1, Roman. en la l. 7. §. últ. D. *de adquir. hæred.*, y Alex. consil. 56. col. 1. vol. 1., y nótese que Salic. en la l. 4. C. *de fideicomm.* deja esta cuestion indecisa, sin hacer mencion de los citados Doct. que la resuelven: hacen al caso la l. 22. C. *de legat.* y la l. 170. D. *de verb. oblig.* y allí la Glos. Y si se conviniese que ni el comprador ni sus hijos enagerian ¿se estenderá la prohibicion á los nietos? Dígase que no segun Bart. en d. l. 93. §. 1., y Bald. y Salic. en la l. 4. C. *de fideicom.*; pruébalo tambien la cit. Nov. y Bart. en d. l. 114. §. 14. y Bald. en la l. 25. princ. D. *de liber. et posthum.* Lo que debe entenderse en el supuesto que no indiquen otra cosa las palabras con que se ha espresado la prohibicion, ó la razon de la misma, segun Socin. consil. 43. vol. 3. col. 1. 2 y 3, y hace al caso la l. 38. §. 3. D. *de legat.* 3. junto con lo que allí nota Bart.

(214) Bald. en la l. 4. C. *de fideicomm.* dice, que antiguamente, es decir, en la cuna del derecho civil, antes que se hubiesen inventado las definiciones, se comprendia bajo el nombre de venta toda especie de permutacion, segun la l. 29. §. 1. D. *de statuliber.*; empero hoy dia, si se prohibe vender, no se entenderá prohibida la donacion, ya dimane la prohibicion de la ley, ya de contrato, como dice Bald. en d. lug.; pero si el testador prohibe vender, entónces será preciso atender á la causa que ha indicado, y por ella inducir si la prohibicion es á manera de pena, ó si es en beneficio de aquel á quien se dirige: v. al mismo en d. col. últ. y en la l. 2. C. *de usucap. pro emptor.* Y si se ha prohibido vender, ¿se entenderá tambien prohibida la permuta? Bald. y Alex. en la l. últ. D. *de condict. ob caus.* fundán-

sen vender (214), nin *(r)* enagenar (215) a omes ciertos, señalados por sus nomes, e si contra esto ficiesse, que tornasse (216) el señorio al vendedor, o a sus herederos; dezimos, que tal postura como esta non vale (217). E porende, maguer el comprador, o sus herederos fiziessen con-

(r) enagenar, é si contra esto Acad.

dose en ella, dicen que no, si la prohibicion dimana de ley ó estatuto: nótalo el *Specul.* tít. *de empt. et vend.* §. *nunc dicendum* vers. *sed pone statutum;* hace tambien al caso y es notable en este punto el cap. 1. *de his quæ fiunt à prœlat. sine consens. capitul.* y allí Abb.: esceptúese el caso en que la materia no fuese odiosa ó favorable y que militase identidad de razon, segun Jas. en la cit. l. últ. 3. *notab.* donde trata estensamente esta materia. Dice la Glos. en la l. 7. C. *de agricol. et censit.* que los colonos á quienes se ha prohibido vender no pueden permutar ni dar en enfiteusis, esto en beneficio de la causa pública, como lo declara allí Juan de Platea, esto es, á fin de que no se abandone el cultivo de las tierras. Y nótese que la prohibicion concretada á una especie de contrato, no se estiende á los que son de especie distinta, y sobre los cuales pueden recaer diversos motivos, segun la l. últ. C. *de præd. decur.* y lo nota Bald. en la l. 1. C. *de inoffic. testam.* col. 7.

(215) Bajo esta palabra *enagenar* vienen comprendidas todas las especies de enagenacion, l. últ. C. *de reb. alien. non alienand.* y el cap. 5. *de reb. Eccles. non alienand.*: añádase que si á alguno se le ha prohibido enagenar en virtud de pacto, debe procurar evitar que no se enagene en virtud de disposicion legal, l. *codicillis.* §. pen. D. *de legat.* 2. y Bald. en la l. 6. C. *de secund. nupt.* col. 1. Y nótese que propiamente hablando hay enagenacion cuando se transfiere el dominio, segun Bald. en d. l. últ., lo que dice debe tenerse presente para las disposiciones legales de esta naturaleza, v. l. 1. D. *de fund. dotal.* ¿El que tiene prohibicion de enagenar cae en pena si no llega á consumar la enagenacion, despues de haber principiado el acto? v. Bart. en la l. 38. §. 1. D. *de adquir. posses.*, y Bald. en la l. 1. C. *de his qui pœne nomin.* col. últ. Adviértase que la prohibicion dicha no altera la naturaleza del dominio, no impide que se considere pertenecer la cosa con pleno derecho á aquel sobre quien la prohibicion pesa, l. 24. D. *de fideicomm. libertat* y lo nota Bald. en la l. 4. C. *de fideicomm.* col. 3.

(216) En el caso de esta ley, despues de transferido el dominio, se dispone por medio de pacto que la cosa vuelva al vendedor, si se contraviene á la prohibicion; lo que es contra derecho, segun esta ley y la l. 39. D. *de manumiss. testam.*: de ahí es que si quieres prohibir la enagenacion, de modo que no se transfiera el dominio, no usarás de las palabras de esta ley; sino que segun Alber. en la l. 3. C. *de condict. ob caus.* col. 2., siguiendo á Odofr., Jacob. de Aret., Cin. y Oldrad. en la l. últ. C. *de reb. alien. non alienand.*, te servirás de la siguiente fórmula: «Te vendo tal cosa y te la entrego bajo la condicion de no enagenarla; y si sucediere que pasares á verificar algun acto de enagenacion, para este caso y antes que dicha enagenacion se perfeccione y se realice, retengo para mí y para mis herederos el dominio y la posesion, ó bien para el mismo caso y desde ahora me haces donacion y te constiyes poseedor en mi nombre y de mis herederos; y bajo esta condicion y no de otra suerte te transfiero el dominio y la posesion:» de esta manera, segun Alber., la venta es condicional, y se retiene el dominio para el caso en que aun la enagenacion no es perfecta, porque segun esta fórmula, la posesion y el dominio se transfieren condicionalmente, lo que nada tiene de ilegal, l. 38. §. 1. D. *de adquir. posses.*, l. 8. D. *de reb. credit.*, l. 11. §. 1. D. *qui potior. in pignor.*, l. 25. C. *de donat.* y l. 2. §. 5. D. *de donat.*, y en esta forma dice Alber. haberlo aconsejado varias veces, y lo mismo parece opinar Bart. en la l. 38. §. 1., si bien nos ofrece una fórmula mas corta, á saber, «te doy ó vendo tal cosa con el pacto que no la enagenes, y que si algun acto de enagenacion pensares celebrar vuelva entónces á mí el dominio, y que para dicho caso desde ahora te constituyas poseedor en mi nombre:» y el mismo efecto dice producirán las palabras de futuro, *si enagenares ó enagenases,* es decir que semejantes palabras no indican el acto ya perfecto: alega la l. 10. D. *de fideicomm. libertat.* la que hace bastante al caso; otra cautela indica en este mismo lugar Bart. y otras Alex.

(217) Es decir, que no impide el que se transfiera el dominio á aquel á quien el vendedor hubiese querido transferirlo, y que de otra parte tampoco produce el pacto la devolucion del derecho al vendedor en el caso de contravencion, como en seguida se espresa; así pues se desecha la opinion de los antiguos D. D. que sentaban no transferirse el dominio en semejante caso, á favor de cuya opinion, segun Alber., milita la l. 3. C. *de condict. ob caus.*, allí *dominium prorsùs alienat;* esta fué tambien la opinion de la Glos. en la Nov. 55. cap. 1. y en la Nov. 120. cap. 9, si bien en los demás puntos sostuvo la contraria, que fué la opinion mas general, y es la que se aprueba aquí. Otra cuestion se nos presenta, á saber, siendo permitido al padre fundar mayorazgo del tercio de sus bienes con vínculos y prohibiciones, á tenor de la l. 27 de Toro ¿si lo crea por via de donacion entre vivos, ó por otro cualquier contrato y prohibe la enagenacion,

tra la postura, non podria el vendedor, nin sus herederos, estonce demandar por esta razon la cosa, a aquel que fue despues enagenada. Pero si fuesse puesta pena en tal pleyto, tenudo seria el que la fizo, de la pechar, e el daño, e el menoscabo (218) quel viniesse por esta razon. E este daño, e menoscabo deue ser apreciado con jura del (219), e con estimacion del Judgador.

LEY 44 *De los que en su testamento defienden que su castillo, o torre, o casa, o viña, o otra cosa de su heredad, non lo pudeissen vender.*

En su testamento (220) defendiendo algund ome, que su castillo, o torre (221), o casa, o viña, o otra cosa de su heredad, non lo pudiessen vender, nin enagenar; mostrando alguna razon guisada (222) por que lo defendia, como si dixesse. Quiero que tal cosa (nombrandola señaladamente) non sea enagenada (223) en ninguna manera, mas que finque siempre a mi fijo (224), o a mi heredero, porque sea siempre mas honrra-

quedará impedida la traslacion del dominio en virtud de prohicion semejante? Parece que sí, puesto que la prohibicion se apoya en la autoridad de la ley; además, cuando se hace entre vivos lo que puede revocarse hasta la muerte, recibe su efecto de la muerte, y de consiguiente de la última voluntad, l. 68. D. *de legat.* 2. y se nota en la l. 109. D. *de legat.* 1.

(218) Añád. l. 135. §. 3. D. *de verb. oblig.*

(219) Esta accion es de buena fe y por lo mismo tiene lugar en ella el juramento estimatorio, l. 5. D. *de in lit. jurand.*

(220) O en cualquier otro acto de última voluntad: porque la mera voluntad del testador, transfiere el dominio al legatario sin tradicion, l. 19. §. 1. D. *quemadmod. servit. amit.*; así que, sin tradicion puede perderse el dominio y transferirse á otro, segun Az. en la suma C. *de reb. alien.*, é Innoc. cap. *Raynaldus, de testam.* col. 3.

(221) De estas palabras parece inferirse que no procede lo que dicen la Glos. y Bald. en la l. 11. C. *de fideicommiss.*, á saber que cuando se prohibe por el testador la enagenacion de un castillo, no es necesaria la espresion de causa; porque atendida la calidad de la cosa, ya se presume que el testador se propuso quedara ella siempre en poder de la familia: lo que dice Baldo es digno de notarse, pues que habiendo podido mover al testador una sola causa, se tiene ella por espresa, como se nota en la l. 15. C. tít. cit. y parece probarse por la l. 2. C. *qui non poss. ad libertat. perven.*; y allí nota Bald. que si la causa se deja comprender por la intencion del testador, se tendrá por espresa; lo que en la l. 2. C. *de usucap. pro empt.* aplica al caso en que se ha prohibido enagenar un castillo. Tal vez las decisiones de la Glos. y de Bald. deberán concretarse al supuesto, que el castillo hubiese pertenecido á los abuelos del testador, porque entónces media el motivo de la afeccion, arg. l. 35. D. *de minor.* y l. 22. C. *de administr. tutor.*, y hace al caso lo que Bald. dice bellamente en d. l. 114. §. 14. D. *de legat.* 1 col. 2., á saber, que si la cosa que se prohibe enagenar, es tal, que por su naturaleza recaiga en ella afeccion ó que por sí misma inspire interés, se considerará hecha la prohibicion con causa, aunque no se esprese: de ahí proviene que si el testador prohibió enagenar simplemente los vasallos, esto es, sin espresion de causa, subsistirá la disposicion por el interés de los vasallos mismos; y lo arguye de la l. 24. §. 7. D. *de fideicommiss. libertat.*

(222) Añád. l. 114. §. 14. D. *de legat.* 1, l. 38. §. 4. y l. 93. D. *de legat.* 3. y l. 11. C. *de fideicomm.*: adviértase que se requiere la espresion de causa, cuando la prohibicion es en provecho de la persona cuya libertad se coarta; pero no si tiene por objeto una persona distinta que deberá suceder en la cosa, l. 114. §. 14. cit. y allí Bart. y la Glos. y esta misma ley mas abajo. Y nótese que cuando el testador, dejando una misma cosa á varios, les ha prohibido enagenar, se entiende por este solo hecho que reciprocamente les ha sustituido por vía de fideicomiso, para el caso que cualquiera de ellos enagenara sin el consentimiento de los demás; véase una glosa notable en la l. 88. §. 15. D. *de legat.* 2., muy recomendada allí por Juan de Imol, quien añade que quizá no podria encontrarse otra mejor.

(223) Es decir, *que no se enagene*: pues que si el testador usó del futuro de subjuntivo, diciendo por ejemplo: *si enagenares quiero que la cosa pase a Ticio,* entónces la enagenacion subsistirá, l. 39. D. *de manumiss. testam.*, v. Bart. en la cit. l. 114. §. 14. y allí Imol.

(224) Lo mismo tendrémos si dijere *que quede en la familia*, l. 69. §. 3. y l. 77. §. 27. D. *de legat.* 2. y l. 11. C. *de fideicommiss.* — * Hay sin embargo alguna diferencia: en efecto, si simplemente se ha dispuesto que la finca ó halaja quedase en la familia, es indefinida la libertad de enagenar dentro de la misma, l. 69. §. 3. D. *de leg.* 2. y l. 4. C. *de fideicomm.*

(225) *Divitiæ addunt amicos plurimos.* *Proverb.*, cap. 19. v. 4. *et dives pauperibus imperat.* *Proverb.* cap. 22. v. 7. y *Ecclesiat.* cap. 13. v. 4. *Corona sapientium divitiæ eorum.* *Proverb.* cap. 14. v. 24. y el cap. 18. v. 11. donde se dice: *Substantia divitis urbs roboris ejus, et quasi murus validus circundans eum,* y el cap. 10. v. 15. *Substantia divi-*

do (225) (s) e mas tenido; o si dixesse, que la non enagenasse fasta que fuesse de edad (226) el heredero, o fasta que fuesse venido al lugar (227), si fuesse ydo a otra parte: por qualquier destas razones, o por otra que fuesse guisada (228) semejante dellas, non la pueden enagenar. Mas si el dixesse simplemente, que la non vendiessen, non mostrando razon guisada por que; o non señalando persona alguna (229), o cosa cierta, por que lo fazia; si la vendiesse, valdria (230) la vendida, maguer el lo hubiesse defendido.

LEY 45. *De los que mandan, o venden a otros sieruo, con condicion que sea forro fasta cierto tiempo.*

Dando, o vendiendo vn ome a otro algund sieruo, so tal pleyto, que lo afforrasse fasta vn dia señalado, o que fuesse afforrado en todas guisas; dezimos, que maguer aquel que lo recibe sobre tal pleyto, non lo afforre aquel dia, nin aun despues, que es forro (231) el sieruo de aquel dia en adelante. Mas si dixesse, que le vendia, o daua el sieruo, a tal pleyto, que le fiziesse forro quando quisiesse aquel a quien lo daua, o le vendia; en tal caso como este seria libre, luego que muriesse (232) aquel que lo recibe so tal condicion, o pleyto: porque despues que el ome es muerto, non le finca querer (233), nin non querer. E si dixesse, que le daua, o quel vendia el sieruo, so tal pleyto, que lo afforrasse quando pudiesse (234), si aquel que lo recibe, estando el sieruo antel, fasta dos meses non lo afforrasse,

(*s*) o mas temido; Acad.

tis urbs fortitudinis ejus: pavor pauperum, ejestas eorum: acerca las ventajas de las riquezas, véase la Glos. en el cap. 1. y 21. q. 1, sobre la parte *necessitatem*, la l. 45. C. *de decurion.* y allí Juan de Plat., l. 6. C. *de dignitat.* y Bart. en la l. 1. del mismo título, donde dice que las riquezas conservan y acrecientan la nobleza, cuando son de orígen antiguo.

(226) En este caso la prohibicion se sostiene atendida la ventaja que resulta de aguardar la mayor edad, tanto para disponer entre vivos, como por causa de muerte, segun Bald. en la l. 11. C. *de fideicommis.* y en la l. 2. *de usucap. pro emptor.*

(227) Porque el ausente vende siempre con alguna desventaja, ya atendida la dificultad de venir en conocimiento del precio de la cosa, segun Bald. en la l. 1. C. *de fals. monet.*; ya porque no es entónces tan fácil la concurrencia de compradores.

(228) Deberá pues ser razonable la causa; segun esta ley; lo que conviene notar, porque en el derecho comun no se halla decision tan espresa. Al contrario Alex. en d. l. 114. §. 14. dice que basta cualquier causa espresada por el testador, y añade que si hubiese dicho *prohibo que se enagene la cosa a favor de Ticio*, valdrá la prohibicion, considerándose entónces que el testador fué inducido por el odio que tenia á Ticio; alega la l. *codicillis.* §. *matre* D. *de legat.* 2. y otras. Empero, Paul. de Castr. en d. l. 114. §. 14. requiere causa razonable, si bien nada alega á favor de su opinion. Por esto téngase presente esta ley, y en el caso de Alex. entendiera yo procedente la prohibicion si el odio fuese razonable, segun el cit. §. *matre*; pues que el odio infundado no seria justa causa cual esta ley la requiere. Parece probar lo contrario esta misma ley cuando dice mas abajo, *porque non señalando persona alguna*: pero en esta parte puede tomarse en el sentido de la cit. l. 114. §. 14., allí *nisi invenitur persona;* véase la Glos. á la l. cit. y lo que dije arriba.

(229) Como en d. l. 114. §. 14. D. *de legat.* 1.

(230) Entiéndase segun Bart. y Alex. en el cit. §. 14.

(231) Añád. l. 38. §. 1. D. *de liberal. caus.*, l. l, 1. 2 y 3. C. *si mancip. ita fuer. alienat. ut manum.*, l. 30. princ. D. *qui et à quib.* y la Glos. en la l. 1. C. *si mancip. ita veneat. ne prostit.* glosa últ.

(232) Trae su orígen de lo anotado por Az. en la suma C. *si mancip. ita fuer. alienat.* y de la Glos. al fin de d. l. 1. C. *si mancip. ita ven. ne prostit.* y en la l. últ. D. *qui sine manumis. ad libert. pervener.*

(233) Añád. l. 3. D. *de serv. export.*, l. 1. C. *si mancip. ita fuer. alien.* y allí la Glos., l. 4. D. *locat.* y el cap. 5. *de rescript.* lib. 6., y la razon está, segun Juan Andr. allí, siguiendo á *Archid.* en que la voluntad depende de cierta persona, la que muere con su ser corporal, dado que el solo cuerpo, sin el alma, no constituye al hombre, cap. *caritas est, de pœn.* dist. 2.; y de aquí infiere Ubertin. de Bobio, citado por Alber. en d. l. 1. que si el hijo juró no jugar sin el permiso de su padre, no se hará perjuro si juega despues de la muerte de este: y lo mismo podrá decirse segun el mismo Alber. del caso en que á uno se le prohibió enagenar sin la voluntad de otro, y del estatuto en virtud del cual uno no puede traspasar ciertos límites sin el permiso de la persona á la que hubiese agraviado, y de los demás casos semejantes: si te prometo dar una heredad cuando quiera, luego de mi muerte mi heredero deberá entregártela, segun d. l. últ. D. *qui sine manumiss. ad libert. perven.* y Bart. en la l. 115. D. *de verb. oblig.* part. 1., 11. *oppono*, y Alex. consil. 118. vol. 3. que empieza *stantibus terminis.*

(234) Añád. l. últ. D. *qui sine manumiss. ad libert. pervener.*

dende adelante es libre el sieruo, por razon de tal pleyto como este. E si por auentura non estuuiesse el sieruo delante de aquel que lo recibio so tal pleyto, si lo non afforrasse fasta cuatro meses, por carta, o por palabra, dende adelante finca el sieruo libre, maguer non lo afforrasse.

LEY 46. *Que la vendida del sieruo, que es fecha so condicion que nunca pueda ser forro, si vale, o non.*

Naturalmente han por costumbre (235) los sieruos, de fazer yerros contra sus señores; fueras ende, quando lo han a dexar por miedo de pena (236): e porende dezimos, que si algund sieruo fiziesse tal yerro (237) contra su señor, por que lo ouiesse a vender, que le pueda poner por pena en la vendida, que nunca pueda ser afforado (258). E si el comprador lo recibe con tal pleyto, nunca puede ser libre el sieruo, por cuantas (*t*) manos (259) quier que passe; fueras ende en tres casos. El primero es, si tal sieruo como este sopiesse ciertamente, que algunos se trabajauan de muerte, o deshonra del Señor de la tierra, e lo descubriesse (240), apercibiendole dello por si, o por otro. El segundo es, si vengasse muerte de su señor, matando el por si (241), al que lo ouiesse muerto; o acusandol delante del Júez del lugar, siguiendo el pleyto fasta que le fiziesse matar (242). El tercero, si aquel que lo compro sobre tal pleyto, lo comprase de los dineros del sieruo (243), o de sus parientes del sieruo, e non de los suyos propios. Ca maguer tal pleyto como este fuesse puesto en la vendida, puede el sieruo ser libre por cualquier destas razones.

(*t*) maneras Acad.

(235) La maldad es connatural á los esclavos; de que uno sea esclavo puede inferirse que es malo, l. 3. C. *de libert. et eor. liber.* y allí Bald.; y la Glos. en la l. 13. §. 1. D. *de act. empt.* dice, que de ser uno esclavo podrá inferirse que es ladron: el hurtar es de la naturaleza de los esclavos, segun la l. últ. C. *quib. ad libert. proclam. non licet*, y allí lo nota Bald., donde lo mismo dice la Glos. de los criados de los escolares: el *Ecclesiast.* cap. 33. v. 31. dice: *si est tibi servus fidelis, sit tibi quasi anima tua*; y en el cap. 7. v. 33. dice, *servus sensatus sit tibi dilectus quasi anima tua, non defraudes illum libertate neque inopem derelinques illum*; y en los *Proverb.* cap. 17. v. 2. se lee, *servus sapiens dominabitur filiis stultis, et inter eos hæreditatem dividet.*

(236) *Servo malevolo tortura et compedes, mitte in operationem, ne vacet, Ecclessiast.* cap. 33. v. 28; de ahí es que se dice temor servil aquel que mientras existe en el hombre no le permite descanso, cap. *ex his* 23. q. 6. y la Glos. en el cap. 24. q. 3.

(237) De estas palabras se infiere que si el siervo no hubiese faltado para con su dueño, no podria ponerse semejante pacto, ó lo que es igual, no serviria de impedimento para la adquisicion de la libertad; lo que merece notarse, pues que no tengo presente haberlo visto tan espreso en el derecho comun; si bien hace al caso la l. últ. C. *qui non poss. ad libert. perven.*: sin embargo, como tales pactos se añaden de ordinario á causa de la mala condicion de los esclavos, se presume la ofensa cuando el pacto existe, segun Bald. en d. l. últ. C. *si mancip. ita fuer. alien.*, aduciendo la l. 51. D. *de manumiss. testam.* y la l. 88. §. 11. D. *de legat.* 2., las que no lo prueban bastante; sin embargo, téngase presente á causa de la autoridad de Bald., y limítese la decision al caso que de otras conjeturas no resultase que el dueño obró sin justo motivo de odio, dado que una presuncion escluye otra, aunque tenga grande fuerza, como dice la Glos. en el cap. 23. q. 1. y segun Bald. en el cap. 1. princ. col. 5. *quib. mod. feud. amitt.*, y en la l. 9. C. *qui accusar. non poss.* cap. 1. col. 2., Alex. consil. 28. vol. 2. y Abb. en el cap. *cum inter Rodericum seniorem*, pen. notab. *de elect.* y en el cap. 1. col. últ. *de his quæ vi metusve causa fiunt.*

(238) Añád. l. 9. D. *de manumiss.*, l. últ. C. *si mancip. ita fuer. alien. ut manumit.* y l. últ. C. *qui non poss. ad libert. perven.*

(239) Añád. l. últ. C. *qui non poss. ad libert. perven.*

(240) Añád. l. 3. t. 22. Part. 4., y nótese esta causa pues que las glosas del derecho comun admitian únicamente las dos que siguen en esta ley.

(241) Parece permitir al esclavo que de su propia autoridad mate al asesino de su señor, segun la ley lo permite en otros casos, como la l. 1 y 2. C. *quando lic. sine judic. se vindic.*, la l. 3. §. 6. *ad leg. Cornel. de sicar.* l. 5. §. 6. D. *de cap. minut.* y la l. 3. tít. 8. Part. 7. Tal vez deberá decirse que procede la ley cuando se haya proferido sentencia contra el asesino, segun la l. 76. de Toro, y no antes, á tenor de la l. 176. D. *de regul. jur.*: ó que si bien el esclavo obra ilegalmente en semejante caso, alcanza sin embargo la libertad en premio; pero á esto se opone el espíritu de la l. 10 §. 1. D. *solut. matrim.* y la l. 82. de Toro; además, el que por sí mismo se hace justicia no puede conseguir un premio legal, l. 56. §. 1. D. *de furt.* y d. l. 10. §. 1.

(242) Nótense estas palabras y añad. l. 3. t. 22. Part. 4.

(243) Añád. l. 4. §. 6. D. *de manumiss.*

LEY 47. *Del pleyto, o postura, que puede poner el vendedor al sieruo; con que lo saquen de algund lugar señalado, e que non torne.*

Pleyto, o postura de otra manera, puede aun poner el vendedor al sieruo, en la vendida que aze del, sin la que diximos en la ley ante desta. Como si dixesse al comprador: Vendovos este sieruo, so sal pleyto, que nunca entre en esta Villa de tal dia en adelante, o que non finque en toda España, e si contra esto ficiere en alguna manera, que lo pueda prender (244) por mi, e fornar en mi seruidumbre; o que me pechedes (245) vos tanto por pena, o todos los daños, e los menoscabos que me viniessen por esta razon: tal pleyto como este, seyendo puesto en la vendida, deue ser guardado; e puede el vendedor demandar, que se cumpla en la manera que fuere puesto. Pero si el sieruo fiziere alguna cosa destas, sin sabiduria de aquel que le ouiesse comprado, andando fuydo, o por falago que le fiziesse engañosamente el vendedor; estonce non caeria el comprador en pena por razon de tal pleyto, porque el sieruo entro en aquel lugar, que le era defendido, sin culpa del que lo compro.

LEY 48. *De la cosa que ome compra de sus dineros mismos por nome de otro, e las posturas que son puestas sobre ella, si pueden valer.*

Comprando algund ome de sus dineros mismos alguna cosa en nome de otro (246), si aquel en

(244) Nótese esto y añád. l. 9. D. *de serv. export.*, l. l. 1. y 2. C. *si serv. export. ven.* Para que pueda tener lugar la toma de posesion ó apoderamiento de propia autoridad, deben concurrir tres circunstancias, segun Ang. en la cit. l. 1., á saber, 1ª. que permaneciese en el lugar prohibido antes de ser libre; pues que si esto sucediese despues de la manumision, lo vindicará el fisco, reduciéndolo otra vez á esclavitud, l. 1. cit.: 2ª. que entre ó permanezca en el lugar prohibido con el consentimiento del comprador, segun esta l. y la cit. l. 2. segun la lect. de la Glos. en d. l. 9. D. *de serv. export.*: 3ª. que el vendedor no hubiese renunciado al derecho que le daba el pacto, l. 2. cit. segun otra lectura, y l. 1. D. *tít. cit.*: concurriendo estas circunstancias puede el vendedor de su propia autoridad apoderarse del esclavo, sin que se distinga acerca de la persona que lo posea, l. 9. cit. y l. 56. D. *de contrah. empt.*, en la cual se espresa además que antes de dicho apoderamiento no vuelva el dominio al comprador.

(245) Y aunque la pena y la facultad de apoderarse del esclavo se estipularan copulativamente valdrá el pacto, segun la Glos. en la l. 2. C. *si serv. export. ven.* ¿Pero si nada se hubiese convenido acerca de la pena y del apoderamiento? entónces la accion pertenece esclusivamente al fisco, segun la l. 3. C. tít. cit. Adviértase que entre estas leyes de Partida no se hallan las disposiciones del tít. C. *si mancip. ita fuer. alien. ne prostit.*, lo que pudo provenir de haberse dispuesto que la esclava entregada á la prostitucion quedaba libre, l. 36. y 4. tít. 22. Part. 4., l. 36. tít. 13. Part. 5. y l. 2. tít. 22. Part. 7. Sin embargo, aun serian aplicables las leyes de este tít. al pacto que se hiciera de no prostituir la esclava.

(246) A manera de *negotiorum gestor*, l. 46. D. *de negot. gest*; y nótese que en el supuesto de comprar algo bajo la indicada calidad debemos formular el contrato, tomando como por base nuestra misma persona, por ej. *¿me vendes tal cosa, la que compro en nombre de fulano cuyos negocios administro?* pues que si se formula el contrato en nombre de la persona de cuyos negocios supone ser encargado, el acto será nulo, por ej. si dijere *¿vendes tal cosa a fulano ausente cuyos negocios administro?* sin que la ratificacion del ausente dé fuerza á dicho acto, segun la l. 6. C. *si quis alteri vel sibi*, porque no puede ratificarse lo obrado por un falso encargado, atendido que no existe hecho legal que pueda servir de fundamento á la ratificacion; en efecto el *negotiorum gestor* formuló el contrato sobre la persona á la cual no representaba y de cuya voluntad no era intérprete; de otra parte, nada quiso adquirir para sí, y si bien intentó adquirir para otro, esto no es posible atendidos los principios del derecho: tal es la razon en que se funda la disposicion de la l. 6. cit., lo que latamente espone Bald. allí col. 3.: por derecho de Partidas tampoco podrá uno adquirir accion para otro sin preceder mandato, l. 7. y 8. tít. 11. de esta Part. Pero hoy dia por la l. 3. lib. 8. del Ordenam. se adquiere accion á favor del ausente, aunque no hubiese precedido mandato, mientras siga la ratificacion, y que el vendedor ó promitente no haya cambiado de voluntad ó de intencion; y no importa que el contrato se formule sobre la persona misma del ausente, por ej. *vendes á fulano* etc. Y procederá lo que se dice en esta ley, si el vendedor no ha retirado su palabra, porque, como advierte la Glos. en la l. 2. D. *de oblig. et act.*, en los contratos de esta naturaleza se requiere que el consentimiento sea simultáneo; véase lo que dije en el tít. 4. de esta Part. nota 22. y en la l. 10. tít. 1. Part. 4. sobre las palabras *ni consientan en el.* Lo mismo con mayoría de ra-

cuyo nome la compra, ha por firme (247) la compra, quando lo sabe, entonce aquel que tal compra faze, tenudo es de dar la cosa a aquel en cuyo nome la compro, con los frutos, e con todas las otras cosas que le pertenescen. Otrosi dezimos, que aquel en cuyo nome es fecha la compra, que es tenudo de dar el precio al comprador, con todas las despensas que fizo el otro, en coger los frutos, e en las otras cosas que fueron fechas a pro de la cosa comprada. E aun dezimos, que si algun ome embia su mensajero, diziendole assi: Ve a tal ome, e dile (248), que si me quiere vender tal cosa suya, que le dare tal precio por ella; si aquel a quien lo embia, otorga la vendida de la cosa, por aquel precio que embia decir, vale la vendida (249); maguer non le ouiesse dado carta de personeria al mensajero, por que fiziesse la compra. E demas, este en cuyo nome es fecha la vendida e la compra, deue guardar los pleytos, e las posturas, que puso sobre ella aquel que la fizo en su nome; que pues que el otorgo la compra, que la aya por firme. Esso mismo seria, quando algun ome fiziesse su personero a otro, dandole poder, que pudiesse vender, o comprar alguna cosa en su nome, señalandole por quanto precio (250) la vendiesse, o la comprasse: si este persónero atal firmasse la vendida o la compra en nome del otro, deuela auer por firme el que lo embio; e es obligado tambien como el por si mismo (251) la ouiesse firmado.

LEY 49. *Que fabla de los omes que compran heredamientos, de los dineros agenos que tienen en guarda; que deuen ser suyos, saluo en casos ciertos.*

De dineros agenos que tienen los omes a las vegadas compran para si heredamientos, o otras cosas que han menester: e porque dubdarian algunos, si aquella cosa que es assi comprada, es de aquel que la compro, o del otro cuyos eran los dineros; queremoslo aqui dezir, e departir. E dezimos, que deue ser de aquel que fizo la compra (252) en su nome. Fueras ende, si tales dineros fuessen de Cauallero (253), que estuuiesse

zon deberá decirse del enviado ó mensajero que en calidad de tal formuló el contrato; en cuyo caso tambien por derecho antiguo era aplicable la disposicion de la l. 6. C. *si quis alteri vel sibi*, vers. *si vero;* empero, si atendemos á la l. del Ordenamiento, parece que el vendedor no podrá retirar su consentimiento, puesto que interviene tambien el consentimiento del comprador, de cualquier manera que el procurador formule el contrato.—*Es indudable que quedará en el caso supuesto irrevocablemente obligado el vendedor, en virtud de la l. única, tít. 16. del ordenamiento de Alcalá, la que establece que pareciendo que uno quiso obligarse queda obligado, y, *no pueda*, añade, *poner excepcion que no fue hecha estipulacion..... o que fue hecho el contrato o obligacion entre ausentes, o que no fue hecho ante Escribano publico, o que fue hecha a otra persona privada en nombre de otros entre ausentes,* etc.; he aquí pues que la obligacion existe, al momento, y por consiguiente ligado el vendedor, sean cuales fueren las palabras de que se hubiese valido el procurador del comprador.

(247) Esto, porque la ratihabicion se retrotrae y se compara al mandato, l. últ. C. *ad Maced.*

(248) Pónese aquí la fórmula de que debe usar el encargado.

(249) L. 1. §. últ. D. *de contrah. empt.* y l. 8. de este tít.

(250) Nótese que en el mandato para verificar alguna compra deberá fijarse el precio: sin embargo, parece bastante designado si se deja al arbitrio del procurador, arg. §. 1. Inst. *de empt. et vend.*; aun mas, si no se designa precio, parece encargarse que se compre por el precio justo, arg. l. 16. §. últ. D. *de pignor.* y lo dice Paul. de Castr. en la l. 23. D. *de reb. cred.* y la Glos. en la l. 7. §. 6. D. *pro emptor.*

(251) ¿Y si hubiese vendido por menos de la mitad del justo precio? v. Alber. en la l. 2. C. *de recin. vendit.* al fin.

(252) Esta es la regla general, segun esta ley, la l. 6. C. *de rei vindic.*, la l. 1. C. *si quis alter. vel sibi* y la l. 4. C. *comm. utr. judic.*: no se presume comprada la cosa para el dueño del dinero, sino para el comprador y sus herederos, l. 21. C. *de probat.* y Bald. en la l. últ. C. tít. cit.; á no ser que se probase que el comprador era la persona de que se valió el dueño del dinero para hacer la adquisicion, no importando en este caso que dicho comprador sea un pupilo ó el prelado de algun monasterio, segun Bald. en la l. 1. C. *si serv. exter.*, col. pen. al fin. En caso de duda se presume que el dinero pertenecia al que lo entregó, l. 24. §. últ. D. *de reb. auct. judic. possid.*, Bald. en la l. 2. C. *pro socio* y l. 47. §. 6. D. *de administr. tutor.* y allí Bart.

(253) Adviértase que los Glos. del derecho comun discrepaban en esta materia: opinaban unos que lo comprado con dinero del militar se hacia de este de cualquier modo que se hubiese celebrado el contrato, y sea cual fuese el comprador: opinaban otros que era preciso para el efecto indicado que el comprador fuese apoderado del militar, ó bien *negotiorum gestor*, aunque no comprase en nombre de su principal sino en el suyo propio; cuyas opiniones refiere

en la corte del Rey, o en otro lugar en su seruició; o si fuessen de menor de veinte e cinco

la Glos. en la l. 8. C. *de reivindic.*, de la que esta trae su orígen. La segunda opinion fué la de *Guill. de Cugn.*, adoptada por Bald. y Ang. en dicho lugar, y tambien por Paul. de Castr.; quienes se fundan en que d. l. habla del caso en que el comprador era procurador ó *negotiorum gestor* del militar: la primera opinion fué la de Cin., Alber. y Salic., diciendo que d. l. debe entenderse de cualquier comprador, sea ó no procurador ó *negotiorum gestor* del militar; y esta es la opinion que parece aprobarse en esta ley. Además, dudábase por derecho comun si la disposicion de que se trata era aplicable á todos los que tenian el carácter de militares: Guill. de Cugn. la concretaba al militar en activo servicio; á este decia, la ley favorece particularmente, y no á los otros, como se ve por el §. 1. Inst. *de testam. milit.* y por las ll. 1. 6. y 15. C. *de militar. testam.*, y añád. l. 29 tít. 14. de esta Part., l. 15. tít. 3. Part. 6. y l. 4. tít. 11. Part. 6., la que merece notarse. Segun esto la disposicion de esta ley no alcanzaria al veterano ni á cualquier otro que estuviese en su casa; á esta opinion suscriben allí Ang. y Paul. de Castr., dando por razon que los militares en activo servicio están prohibidos de negociar por si mismos, l. 13. D. *de re milit.* y en compensacion se les atribuye el privilejio de que tratamos: al contrario á los veteranos y á cuantos no están en actual servicio, no les afecta semejante prohibicion; y esta misma fué la razon que decidió á Guill. de Cugn. Empero Bald. y Salic. en la l. 8. cit. sostienen que el privilegio es aplicable á todos los militares, y esta dicen ser la opinion comun; apoyándose en que la ley habla indistintamente: esta ley, segun se ve, aprueba la opinion de Guill. de Cugn., concretando el privilegio al *Cauallero que estuuiesse en la Corte del Rey*, v. l. únic. C. *de comit. et archiatr. sacr. palat.*, l. 1. C. *de silentiar. et decur.* y l. 1. C. *de proxim. sacror. scrin. cæter.* Empero ¿quienes vendrán comprendidos bajo el nombre de militares por lo que mira á este privilegio? Desde luego se ve que los Doct. entienden que la ley habla de la milicia armada; además la Glos. y la l. pen. D. *ex quib. caus. major.* dice que deben concurrir varias circunstancias para que uno se diga militar, y entre ellas que sea examinado y que jure anteponer la causa pública á su propia existencia, y que sea inscrito en la matrícula ó registro militar, y mas latamente se espresan en la l. 14. tít. 21. Part. 2.; sin embargo, como en nuestros tiempos estas formalidades han caido en desuso, ó sean muy raras, serian muy pocos los militares que gozaran del priviligio; de consiguiente, y segun dije en la l. 23. tít. 21. Part. 2., deberemos considerar como militares para los efectos indicados á todos los que están ocupados en las armas sirviendo á su señor: aunque hayan caido en desuso, así el órden de la milicia, como sus formalidades para el ingreso en ella, subsisten sin embargo sus efectos. Es de ahí que los que militan bajo las banderas del Rey, ya en los cuerpos de caballería, bien sea en los de infantería, gozarán de los privilegios concedidos á los militares: pues que la milicia de á pié es milicia propiamente tal, l. 21. C. *de nupt.* y allí la Glos. y Bald. Dice tambien Ludov. Roman. consil. 43, que las leyes que hablan de los militares comprenden tambien á los grandes señores que se ocupan en el ejercicio de las armas, alega la l. últ. D. *de testam. milit.* y cita y sigue á Socin. en la l. 15. D. *de vulg. et pupil.*; y añádase á lo dicho Paul. de Castr. en la l. 16. C. *de testam. milit.*, donde se ocupa de la cuestion siguiente, á saber, si el que está á sueldo de algun monarca ó de alguna ciudad, el que si bien no es militar, sirve á su Rey ó á su comunidad, gozará de los privilegios concedidos á los militares: despues de haberse hecho cargo de que no es militar propiamente tal, porque no ha prestado el juramento, cual se exige de los militares, segun la Glos. en d. l. pen., y hechóse cargo tambien de que recibe estipendio como los soldados estrangeros; concluye sin embargo que gozará de los indicados privilegios: apoya su opinion en que tambien los soldados romanos cobraban sueldo, tít. C. *de erogat. milit. annon.*; y en cuanto á la falta de juramento, dice no obstar porque esta formalidad ha caido en desuso, siendo suficiente que el gefe jure por todos sus subordinados: se prescinde ahora de todas estas formalidades de la antigua milicia, segun Bald. en la l. 1. C. *qui bon. ceder. poss.* al fin: y segun Martin. Lauden. en su trat. *de milite*, cuest. §. vers. 33. los privilegios concedidos á la infantería se estienden á la milicia naval. Gozarán, segun esta ley, del privilegio que ella concede, los militares que sirven al Rey en su corte; lo que debe entenderse de los militares, oficiales del príncipe que residen en su corte. Empero, pudiendo estos oficiales comprar por sí mismos y por medio de procurador ¿á que fin se les concede este privilegio? podrá decirse que es porque están demasiado ocupados en el servicio del Rey y de la república, y por lo regular ausentes de las provincias en donde tienen sus patrimonios. De ahí es que decia Bald. en cierto consilio que empieza *in primis videndum*, que los cardenales gozarán del privilegio de los militares por lo que mira al testamento, porque se dice de ellos que militan en el sagrado consistorio del príncipe; de lo que infiere que pueden morir parte testados y parte intestados: pe-

años (254), e el que fiziesse la compra le tuuiesse en guarda (255); o si fuessen los dineros de alguna Eglesia (256), e el Perlado, e el que fuesse guardador a la sazon, fiziessen la compra (257);

ro Socin. d. l. 15. D. *de vulgar. et pupillar.* col. 2. suspende su parecer acerca de esta decision. No se entienda lo dicho de cualquier oficial residente en la corte del Rey, pues que la ley usa de la palabra *cauallero*: debe ser pues caballero armado por el Rey, ó algun capitan, que si bien reside temporalmente en la corte, tiene por ocupacion principal la guerra.

(254) Entiéndase lo mismo del loco, y del pródigo que está privado de la administracion de sus bienes, así como de todos los demás que tienen curadores, l. 2. C. *de curator. furios.* y allí la Glos. y Blad. en d. l. 8. C. *de rei vindic.* Lo que se dice de la compra hecha con dinero de alguna de las indicadas personas y demás de que habla la ley, debe estenderse al caso en que se haya constituido algun crédito con dicho dinero; debiendo entónces considerarse como acreedor el dueño del dinero, y dársele á éste la accion contra el deudor, mientras no se hubiese proferido sentencia contra dicho deudor; y sin que se atienda á si el que entregó el dinero se halla ó no en estado de insolvencia, l. 3. §. 8. D. *de jur. fisc.* l. 26. D. *de reb. cred.*, Bald. en la l. 3. C. *quand. fisc. vel privat.* y Juan de Plat. en la l. 1. C. *de conven. fisc. debitor.* col. 2.

(255) Añád. l. 3. C. *arbitr. tutel.* y l. 2. D. *quand ex fact. tutor.*, y no importa que el curador haya comprado en nombre propio; pero, entiéndase que la cosa se hace del menor si quiere vindicarla: véase sobre esta materia una glosa notable en la l. 7. D. *qui potior. in pign.* y allí Bart. y Bald.: y la razon está en que tales administradores deben comprar para los menores cuando se sirven del dinero de los mismos, l. 5. princ. D. *de administr. tutor.* y Bald. en la l. 1. C. *si quis alter. vel sibi.* Pero si el que compra con dinero del menor no es su tutor ó curador, la cosa no la adquirirá el primero; á no ser que el comprador sea insolvente, pues entónces la adquisicion tendrá lugar á favor del menor á manera de remedio subsidiario, segun Bart. siguiendo á Tomás de Forlivio en d. l. 8. C. *de rei vindic.* y en la l. 88. D. *de solut.*; entónces, segun ellos, la cosa sucede en lugar del dinero, y de consiguiente el dominio de ella pasa al menor: lo mismo opina Jacob. de Raven. en d. l. 2., cit. por Alber. en el mismo lugar, y se fundan en la l. 88. D. *de solut.*, cuyo testo, segun Bald. y Salic. en d. l. 8., no prueba lo que ellos quieren, porque se trata allí tan solo del hecho de exonerarse de la obligacion los *argentarios*, de los cuales allí se trata: es verdad que el menor tiene hipoteca legal tácita sobre la cosa comprada con su dinero, l. 3. princ. D. *de reb. eor.*, pero de lo mismo se infiere que el menor no es dueño, arg. l. 45. *de reg. jur.*, de consiguiente la opinion de Bald. y Salic. es la mas conforme á derecho: en suma, pues, cuando el comprador es un estraño, ni aun subsidiariamente adquirirá el menor el dominio, sino que podrá instituir la accion hipotecaria al efecto de alcanzar su dinero.

(256) Aprueba la opinion de la Glos. en d. l. 8. C. *de rei vindic.* y en la l. 55. D. *de donat.*, así como de la Glos. al cap. *Apostolicos*, 12. q. 2., donde puede verse que el edificio levantado en el solar de un clérigo con dinero de la Iglesia, pertenece á esta, sucediendo en este caso que el solar cede al edificio; lo que Alex. y Az. citan como singular en la materia en la l. 1. §. 16. D. *de nov. oper. nuntiat.*, sobre lo cual v. Juan Andr. adic. al *Specul.* tit. *de empt. et vend.* §. *tertio loco*, col. 4., y Roch. trat. *de jure patronatus*, fol. 22. col. 4.

(257) A fin de que lo que se ha comprado con dinero de la Iglesia se adquiera á esta, es pues indispensable que el comprador sea el prelado ó el administrador de la misma, segun esta ley y lo notan los Doct. en d. l. 8. C. *de rei vindic.*: concurriendo dicha circunstancia en el comprador, no se atiende á si celebró el contrato en su nombre ó en el de la Iglesia, á semejanza de lo que tiene lugar respecto de los tutores y curadores; tampoco le aprovechará al prelado el comprar por interpuesta persona, arg. l. 4. §. 2. D. *de manumiss.* Adviértase que Bald. en la l. 3. C. *de contrah. empt.* col. 1. vers. *quœro tamen lex*, parece restringir la disposicion de la ley al caso en que la Iglesia no pudiese de otra suerte salir indemne; lo que seria grande restriccion, resultando diferencia entre la Iglesia y el menor, pues que este vindica sin distincion la cosa comprada con su dinero por el tutor ó curador, y no subsidiariamente, como dije en la nota 254. Creo que Bald. tuvo un descuido en la cit. l. 3., pues que en d. l. 8. C. *de rei vindic.* se produce de distinta manera juntamente con otros DD.: además, gozando la Iglesia de los privilegios de los menores, cap. 1 y 3. *de in integr. restit.*, no debemos hacer distincion entre aquella y estos, como lo prueba bastante esta ley. Empero, si el que compra con dinero de la Iglesia, no es el prelado, sino un estraño que tampoco administra los negocios de la misma, adquirirá la cosa comprada si celebró el contrato en su nombre: ni subsidiariamente se dará á la Iglesia la accion *rei vindicativa*, que se concede al menor, lo que pretendian algunos Doct. y en particular Ang. y Paul. de Castr. en d. l. 8. Opina Bald. aunque no resueltamente en la cit. l. 8. que la cosa quedará hipotecada á la Iglesia, arg. l. 3. princ. D. *de reb. eor.* Empero, si el prelado prestó á un hermano suyo dinero de la Iglesia, con el cual compró

o si fuessen los dineros de la dote (258) de alguna muger, e su marido con voluntad della (259), fiziesse la compra. Ca en tales casos, maguer el comprador compre la cosa en su nome, gana el señorio della (260), aquel cuyos eran los dineros que fueron pagados por el precio della. Pero en su escogencia (261) es, de cada vno dellos, de tomar la cosa comprada, o los dineros, qual mas quisiere.

LEY 50. *Del ome que vende la cosa dos vegadas a dos omes en tiempos departidos, qual dellos la deue auer.*

Una cosa vendiendo vn ome dos vezes (262)

algun inmueble ¿pertenecerá este á la Iglesia? Bald. en la l. 20. C. *de fideicomm.* vers. *quœro si prœlatus*, dice que no, porque el dominio del dinero habia ya pasado al comprador, de lo que resulta que no puede decirse haber comprado con el dinero de la Iglesia. Otra cuestion: ¿si se hubiese convenido entre el que compra con dinero de la Iglesia y el vendedor que el dominio así directo como útil no se adquiriria á la Iglesia y si solo al comprador y á sus herederos? V. Bald. en el cap. 1. §. *et quia vidimus*, *de his qui feud. dare poss.*, donde dice que los contrayentes no pueden disponer que las leyes no tengan lugar en los actos que celebran, l. últ. D. *de stipul. servor.* ¿Y si el prelado y la Iglesia comprasen con dinero comun? Será entónces comun la cosa á prorata del precio, cap. 1. 12. q. 4. y lo nota el *Specul.* en el cit. §. 3. *loco* col. 4.

(258) No será pues aplicable la ley si el dinero no procede de la dote, segun la l. 67. D. *de jur. dot.*

(259) Parece que en esto no hay ninguna escepcion, transmitiéndose el dominio á la muger de consentimiento de entrambos, l. 26 y 54. D. *de jur. dot.*, y así lo dice Az. en la suma C. *si quis alter. vel sibi*, y la Glos. en la l. 1. C. del mismo tít., sin embargo, hay algo de especial aquí, porque si el dinero no fuese dotal, aunque el marido comprase con el consentimiento de la muger, la cosa no se adjudicaria á ella y si al marido que compró en su nombre, como lleva dicho en la nota anterior y lo dice Bald. en d. l. 8. C. *de rei vindic.*; al paso que sucede lo contrario si el dinero es dotal, aunque el marido celebre el contrato en su nombre: empero, si procedió sin consentimiento de la muger, entónces, muerto el marido tendrá aquella la accion *rei vindicativa* en calidad de subsidiaria; así como en el caso en que la compra se hubiese hecho con dinero no dotal, del que la muger hizo donacion al marido, l. 55. D. *de donat. inter vir. et uxor.*; y lo nota Bald. en las l.l. 12 y 30. C. *de jur. dot.* col. últ. y Bald. Novell. en el trat. *de dote*, fol. 34. col. 2. vers. 15. Y adviértase que aun cuando sea un estraño el que compra con el dinero dotal, se dará á la muger la misma accion subsidiaria, esto es para el caso de insolvencia del comprador, arg. l. 55. cit., y lo dice Bald. en d. l. 30. col. últ. Pero si ese tercero que compró con dinero dotal, ó bien el marido vendiese la cosa á otro, quien es reconvenido por la muger en virtud de dicha accion subsidiaria ¿quedará libre ofreciendo á este la estimacion de la cosa? V. Socin. consil. 224. vol. 2., donde concluye por la afirmativa alega la auth. *contra rogatus* C. *ad trabell.* y Bald. allí.

(260) Pero no el precio de ella, es decir, el que obtuvo el comprador vendiéndola á otro, arg. l. 84. y l. 52. §. 17. D. *de furt.* y v. Alber. en la l. 3. C. *arbitr. tutel.*

(261) Añád. l. 3. C. *arbitr. tutel.* y la Glos. y los DD. en la l. pen. C. *de serv. pign. dat. manumiss.*, y téngase presente esta ley en cuanto tambien se refiere á lo que se ha comprado con dinero dotal.

(262) El que mas plenamente ha comentado esta materia es Jason en la l. 15. C. *de rei vindic.*; y como de otra parte esta ley de Partidas concuerda en todas partes con el derecho comun nos concretarémos á algunas observaciones. 1.º Llamo la atencion hácia lo que dice Jason en la 7. limit., á saber, que la l. 15. cit. procede tambien en el caso de venderse bienes eclesiásticos. contra lo que opinaba el Hostiense: con Jas. conviene Alex. consil. 122. vol. 5., diciendo ser esta la opinion mas comun; y Felin. en el cap. *Ecclesia Sanctœ Mariœ, de constitution.* col. 23. opina tambien que la misma ley procede contra los clérigos y contra la Iglesia: sin embargo la decision del Hostiense podrá sostenerse segun los DD. en el cap. *continebatur, de his quœ fiunt á prœlat. sine consens. capit.* en la cesion de los derechos espirituales; porque se transfieren por el mero título sin necesidad de tradicion, cap. *si tibi absenti* 17. *de prœbend.* lib. 6. y cap. *gratia* 7. *de rescript.* lib. cit. Además si la enagenacion se hace á favor de la Iglesia no procederá la l. cit. porque *ipso jure* se transfiere á ella el dominio en los casos de la l. últ. C. *de Sacros. Eccles.*, y lo mismo tendrá lugar, siempre que en virtud del solo título se verifique dicha traslacion, segun Jas. en d. l. 17. limit. 1. 2.º Dice Jason en la limit. 13. que d. l. no procede en el contrato de locacion, por razones que allí alega; sin embargo la Rota ha adoptado la opinion contraria en la decision que empieza *utrum* l. *quotiens in antiquis*, n. 879, y lo mismo opina Alex. consil. cit. 122. vol. 5., fundado en que al primer arrendatario le compete únicamente accion personal contra el locador, la que no puede instituirse contra el suce-

a dos omes en tiempos departidos (265) ; si aquel sor singular, l. 1. §. 16. D. *ad trebell.*, l. últ. §. últ. D. *de contrah. empt.*; y lo mismo opina Socin. consil. 29. vol. 4. donde empieza *visis duabus locationibus.* En un solo caso puede sostenerse la decision de Jas., á saber, cuando la cosa arrendada, si bien se entregó al segundo arrendatario, hállase al tiempo de la cuestion en poder del locador, como latamente puede verse en la decis. cit. de la Rota. 3.° Debe añadirse otra limitacion á las 15 que pone Jas., á saber, que la l. cit. no procede cuando el vendedor tomó al segundo comprador por el primero, haciéndole entrega de la cosa bajo dicho concepto, según una glosa en el §. 2. sobre la palabra *emeret,* 29. cuest. 1. 4.° Añádase tambien que procederá la l. 17. cit., así como esta ley de Partida, aun cuando al hacerse la entrega al segundo comprador, se le dijese *te entrego la cosa salvo el derecho de Ticio á quien la vendí antes que á ti ;* esta es decision singular de Andr. de Isern. en el cap. *si facta, si de feud. fuerit controv. int. domin. et agnat.* Fúndase en que al primer comprador, ningun derecho le competia contra el segundo, pues que el solo contrato no le dió derecho de posesion, ni de dominio; de consiguiente el derecho que no competia al primero no pudo reservarse contra el segundo: y aun cuando, prosigue, se hubiese usado de la siguiente fórmula, *quiero que si el primero te pide la cosa se la entregues*; ó bien, *si el primero me la pide, que me la entregues, á fin de que yo se la entregue á él*; en virtud de cuyo pacto, dice, no quedará precisado el segundo comprador á entregar la cosa al primero, ni al vendedor, y si solo *ad id quod interest*, como sucede en todas las obligaciones de hacer, l. 13. §. últ. D. *de re judicat.*; [hemos dicho en otro lugar, nota 205, que esta no era de la clase de las obligaciones de hacer] pero sí, cuando hubiese usado de las siguientes palabras, *te vendo y te entrego tal predio, que tengo vendido á Ticio*; *pero si este me lo pide, quiero que desde entónces el dominio le pertenezca*, arg. l. 1. y 3. C. *de donat. quæ sub modo,* pues que la posesion puede transferirse condicionalmente, l. 38. §. 1. D. *de adquir. posess.*: estas son las palabras de Andr. de Isern. con las que si bien se refiere al feudo, son aplicables á la compra venta por militar igual razon: véase lo que dije en la l. 38. n. 180. y en la l. 43. Tanto esta última fórmula de Andr. de Isern., como su decision, son notables; pero parece que la revocacion de la segunda venta deberia tambien tener lugar, aunque se hubiese usado de la primera fórmula, porque, siendo sabedor el segundo comprador de la venta precedente, deberá darse al primero la accion al efecto de revocar lo que se enajenó en fraude del mismo, como lo decide Bald. en la rubr. C. *de revoc. his quæ in fraud. creditor. alien.* al princ., y parece probarlo la Glos. end. a quien la vendio primeramente (264), passa a l. 17., sobre la palabra *jure*, y allí Alber. y Jas. *oposit.* 9.: empero, me parece que esto debe concretarse al supuesto que el segundo comprador tuviese noticia de la primera venta al tiempo del contrato; y que no tendrá lugar si contrató con buena fe y pagó el precio, aunque al tiempo de transferírsele la posesion, tuviera noticia de la primera venta; toda vez que el comprador no participó del fraude, respecto del cual y por lo que mira á la accion revocatoria, se atiende al tiempo del contrato: así pues, la decision notable de Andr. de Isern. procederá tal como está concebida, y hace al caso la l. 6. §. 7. D. *quæ in fraud. creditor.*; al paso que obsta el §. 6. *Inst. de action.*, con aquellas palabras *rem suam alicui tradiderit;* á mas de que toda la fuerza de la enajenacion está en la entrega, de la cual, y no de la venta, dimana la traslacion del dominio, segun la l. 20. C. *de pact.*; pero, puede aun decirse que procederá la decision de Isern. cuando el segundo comprador no hubiese satisfecho el precio, ignorando la primera venta; pues que entónces parece que no obró en fraude del otro, y si con la mira de no perder el precio, arg. d. l. 6. §. 7. y hace al caso la l. 71. §. 7. y 8. D. *de adquir. hæred.* 5.° La cit. l. 17. no procede en el caso que para la venta ó concesion se requiere el permiso de otra persona; porque con la primera venta, aunque no hubiese seguido la tradicion, espiró el permiso concedido, y por lo mismo la segunda ha de ser nula, por mas que le siga la tradicion, como se colige de lo que dice Bald. en el §. *si facta, si de feud. fuer. controv. int. domin. et agnat.* col. 1.: de lo que parece inferirse que si se fundó un mayorazgo con permiso real, y despues se crea otro de los mismos bienes en provecho de otra persona, será este nulo, como creado sin el permiso correspondiente, aunque el nombrado en la segunda fundacion tuviese á favor suyo la posesion. Empero obsta la l. 44. de Toro, la que permite la revocacion del mayorazgo, aunque sea creado con licencia del rey, cuando no se dió la posesion, ó que no se hizo en virtud de causa onerosa: así que, siendo revocable el mayorazgo fuera de dichos casos, parece que no espirará la licencia en el primer acto de fundacion: procederá pues la decision de Bald. cuando el mayorazgo se hiciere por causa onerosa ó que de otra suerte fuese irrevocable. Y nótese con respecto á d. 1. de Toro, que creándose el mayorazgo por contrato entre vivos puede el sucesor pedir que se le entregue la posesion, como lo prueba el mismo testo y lo notan Bald. en d. §. *si facta* y la Glos. en la l. 9. §. últ. D. *de donat.*

(263) Sigue á la Glos. en d. l. 17: y esprésase esto, segun Paul. de Castr. allí, porque si se vendiese una cosa á dos al mismo tiempo, se

la tenencia de la cosa, e paga el precio (265), esse la deue auer, e non el otro. Pero tenudo es el vendedor, de tornar el precio a aquel que la vendio apostremas, si lo auie recebido, con todos los daños (266), e los menoscabos que le vinieron por razon de tal vendida, porque la fizo engañosamente. Otrosi dezimos, que si el postrimero comprador passasse a la tenencia, e a la possession, e pagasse el precio, que el la deue auer, e non el primero. E es otrosi el vendedor tenudo de tornar el precio, si lo auia recebido, con los daños, e los menoscabos que vinieron por esta razon al primer comprador. Otrosi dezimos; si alguno vendiesse a dos omes cosa agena (267) en tiempos departidos; si acaesciere que hayan pleyto entre si ambos los compradores sobre aquella cosa, qualquier dellos que ouiere primeramente la possession (268), aquel ha mayor derecho en ella: e a aquel deue fincar, maguer non ouiesse pagado el precio. Pero quando quier que el señor de la cosa (269) venga a demandarla, saluo finca su derecho en ella.

LEY 51. *Del ome que vende la cosa agena a dos omes dos vezes, qual dellos la deue auer.*

Agena cosa vendiendo vn ome a otro, e dandole luego la possession della; si despues que la ouiesse assi vendida, ganasse el vendedor el señorio de aquella cosa, como si le establesciesse por su heredero aquel cuya era, o gela diesse de otra guisa; si por razon que ouiesse ya ganado el señorio de la cosa, la vendiesse despues a otro, e el postrimero comprador mouiesse pleyto sobre ella al primero; dezimos, que este primero (270) ha mayor derecho en ella, porque ouo la possession primeramente; maguer el postrimero razonasse, que auia mayor derecho en ella, porque quando al otro la vendio, non auia el señorio el vendedor, e auialo ya ganado, quando la vendio a el. Mas si algund ome vendiesse a otro alguna cosa que non fuesse suya, e aquella cosa misma vendiesse el señor della a otro despues; este postrimero comprador que la compro del que ha mayor derecho en ella, este la deue auer (271). Fueras ende, si el que la vendio primeramente, auia razon derecha para venderla; como si la touiesse en peños; e quando le fue empeñada, la recibio a tal pleyto, que la pudiesse vender (272) si gela non quitassen a dia señalado; o si fuesse personero; e en la personeria le fuesse otorgado poder de la vender, e la vendiesse en ante que sopiesse (273), que el señor de la cosa la queria vender a otro.

LEY 52. *Que los Juezes que han poder de fazer entrega por razon de su oficio, pueden vender lo ageno.*

Los Juezes que han poder de mandar fazer entrega por razon de su officio, pueden mandar vender la cosa que assi fuesse entregada, por fazer complir la sentencia: e a quienquier que la comprare del, passa el señorio (274) de la cosa

presume vendida en parte á cada uno, l. 16. §. 8. y l. 10. D. *de pign.*; con todo si á los dos se hubiese vendido *in solidum* la misma cosa, será aplicable d. l. Jas. allí sobre las palabras *in solidum*, cuya fuerza analiza.

(264) Sobre el caso en que se haya entregado la posesion á entrambos, y no constase á quien se entregó primero. V. Ang. en d. l. 17.

(265) Tendrémos lo mismo si se le vendió al fiado, §. 41. *Inst. de rer. divis.*; así que, no se exige lo mismo para la accion *publiciana* que para la *reivindicativa*, segun esta ley al fin; véase la nota 268.

(266) Podrá tambien ser perseguido criminalmente, l. 7. tít. 7. Part. 7., l. 21. D. *ad leg. Cornel. de fals.* y añád. l. 6. C. *de hæred. vel act. vend.*

(267) Añád. l. 9. §. 4. D. *de Publician.* y una glosa notable en d. lug.

(268) No repite aquí lo del pago del precio, porque no se requiere para la accion *publiciana*, l. 8. D. *de Publician.* y mas abajo en esta ley.

(269) En efecto, el dueño no puede ser repelido por la accion *publiciana*, salvo en los casos notados por la Glos. en la l. últ. D. *de Publician.* pues que vence á esta accion la de dominio, ley 31. §. 2. D. *de act. empt.*

(270) Añád. l. 72. D. *de reivindict.*, y l. 2. D. *de except. rei vend. et trad.*

(271) Añád. l. 31. al fin D. *de act. empt.* y la Glos. en la l. 9. §. 1. D. *de Publician.*

(272) V. l. 41 y 42. tít. 13 de esta Part.

(273) Si pues lo supo, no valdrá la venta, atendido que parece revocado el mandato por el hecho de pasar á vender la cosa el mismo dueño: y se infiere de esta ley no ser necesario que se notifique la determinacion del dueño al que compra del procurador, escepto si á este se le hubiese dado poder especial para vender á determinada persona; entónces parece será menester que se notifique á la misma la resolucion anterior, arg. l. 29. D. *mandat.* y cap. 33. *de rescript.* y allí Abb. col. últ.

(274) No de otra suerte que si el mismo dueño la vendiese, l. 13. C. *de evict.*, l. 1. C. *si in caus. judicat. pign. capt.*, l. 74. §. 2. D. *de evict.* y allí Bart., Bald. en la l. 3. C. *de execut. rei judic.* col.

comprada al comprador. Esso mismo dezimos que pueden fazer los cogedores (275) de las rentas del Rey. E aquello que recibieren, o prendaren por entrega de las sus rentas, aquello pueden venderlo. Pero qualquier destos sobredichos, que puede facer la vendida, deuela fazer publicamente, e non ascondida; metiendo la cosa en almoneda (276), e faziendola pregonar (277). E non la deue vender, fasta que sean diez dias (278) passados: entonce deuela vender al que mas diere por ella. E si por mas la vendiere, de aquello que ha sobre ella, deue lo demas (279) tornar al señor de la cosa. E si por auentura los Juezes, e los otros officiales fizieren vendida de las cosas agenas de otra manera, dezimos que non deue valer (280).

LEY 53. *De la (u) cosa que vende, o da el Rey, que es agena, como suya.*

Vendiendo, o dando (281) el Rey (282) cosa

(*u*) véndida que face el rey de las cosas agenas. Acad.

l. vers. *modo quœro*, y Bart. siguiendo la Glos. en la l. 24. princ. D. *de pignor. act.*: y el cit. Bald. dice en la l. 22. princ. C. *de furt.*, que lo que puede hacerse por medio de contrato, podrá verificarse por el juez.

(275) Añád. l. 4. tít. 15. Part. 7.: parece que esta ley corrige las romanas, por las que se dispone que los exactores de los tributos no pueden de su propia autoridad precisar á los que resisten el pago; sino que deben acudir al magistrado; quien de otra parte no puede delegarles su poder, l. 6. y 7. C. *de exactor. tribut.* y allí Bart. y Juan de Platea. Sin embargo pueden quedar salvas las leyes romanas en este punto, entendiendo la de Partidas, de los exactores que han tomado en arriendo los tributos, en cuyo caso considerándose colocados en el lugar del fisco, segun Bart. en la l. 3. §. 3. D. *de nov. oper. nuntiat.*, pueden vender los bienes de los tributarios cuando estos faltan al pago, segun esta ley y la l. 52. princ. D. *de act. empt.* y allí Bart.: de esto infiere notablemente el mismo Doct., que el síndico de una poblacion puede vender los bienes de los que no pagan, siempre que deba hacer efectiva la cuota de todo el pueblo: lo mismo dice Paulo de Castro, añadiendo que estas ventas tienen los mismos privilegios que en el caso de verificarse por el fisco: lo mismo que Bart. opina Bald. en la l. 1. al fin C. *si propt. public. pensitat.*: no se diga que esto debe entenderse de modo que la venta se ejecute por el juez á instancia del exactor: pues que hablándose antes en la misma ley de la venta hecha en virtud de disposicion judicial, seria redundante este caso. Empero, en la actualidad no se observa esto en nuestro reino, sino que á instancia de los arrendatarios de los tributos, se ordena la venta por los jueces, ora ordinarios, ora especiales, nombrados por el Rey. Podria tambien entenderse esta ley del caso en que el príncipe comisiona á alguno para la exaccion de los tributos. Y nótese que semejante comision no exime de la observancia de la ley municipal, ni de la costumbre del lugar por lo que mira á la forma de la exaccion; así debe entenderse el mandato del Rey, segun Bald., al cual puede verse en la cit. l. 1. vers. *sed pone*. — * Sobre la exaccion de contribuciones, acerca las facultades de los recaudadores, y por lo que mira á la forma de la ejecucion contra los morosos, véanse el real decreto de 18 de octubre de 1824, y el de 6 de junio de 1828.

(276) Tenemos aquí que tambien las cosas muebles, que se venden en virtud de ejecucion, deben ponerse en almoneda: empero Bald. en la l. 1. C. *si propt. public. pensitat.*, y Juan de Plat. en la l. 1. C. *de fid. et jur. hast. fisc.* distinguen entre mercancías que por hallarse de contínuo en venta, como el trigo y otros comestibles, tienen determinado su precio, y de consiguiente no dan lugar á la colusion ó fraude, segun la Glos. en la l. 2. C. *de rescind. vend.*; y aquellas cosas en que puede tener lugar el precio de afeccion: respecto de las primeras no consideran indispensable la almoneda; pero sí en cuanto á las segundas.

(277) Esto es, diferentes veces, á tenor de la l. 3. C. *de execut. rei judic.*, y allí lo nota Bald. col. 1., y v. l. pen. tít. 26. Part. 2, la que hace bastante al caso.

(278) Si los bienes son inmuebles, pasados 20 dias, l. últ. tít. 27. Part. 3. — * Sobre la venta de los bienes ejecutados, véase lo anotado en dicha ley de Partida.

(279) Añád. l. últ. C. *de jur. domin. impetr.* vers. *si verò creditor*: si con este sobrante se comprara alguna cosa por el juez ó por sus dependientes, pertenecerá al deudor, l. últ. C. *de distract. pign.*

(280) Añád. l. 1. C. *de fid. et jur. hast. fisc.* y allí la Glos.

(281) O bien enagenando por cualquier otro título; l. 3. C. *de quadrienn. prœscript.*

(282) Véase Andr. de Isern. tít. *quœ sint regal.* col. 5. en la parte *bona committentium*; segun él será necesario que el Príncipe crea pertenecerle la cosa que da; de consiguiente si sabe que es agena, no tendrá lugar esta ley, ni la l. 2. y 3. C. *de quadrienn. prœscript.*, de las cuales esta deriva; tal es la opinion comun: añade no ser suficiente que el Príncipe diga, *doy tal cosa como si fuera mia*, si sabe que es agena, porque seria esto dar valor á meras palabras, contra la l. 2. C. *commun.*

agena (283) como suya (284), passa el señorio (285) de aquella cosa al que la vende, ó al

de legat., y caeríamos en el error de Martin que puede verse en la Glos. á d. l. 3.: dice tambien ser conveniente que en las donaciones reales se continue la cláusula, *salvo el derecho de tercero*, como se verifica en el reino de Sicilia, porque con ella declara el Rey que no quiere transferir mas derechos que los que tiene, l. 32. D. *de contrah. empt.* y l. 71. §. últ. D. *de legat. 1.*; y es digno de notar lo que añade, á saber, que si dicha cláusula se omite, no se presume en el foro externo, por mas que se presuman las que son de fórmula, segun el cap. 9. *de constitut.* Segun Socin. consil. 121. vol. 4. n. 25. proceden d.d. l.l. cuando el Príncipe no tiene derecho alguno sobre la cosa que enagena; pues que si lo tuviese, este derecho es lo único que se entiende trasferir, arg. l. 32. cit., y dice haberlo decidido en estos términos Bald. en cierto consil. n. 75. que empieza *illustris dominus noster*, espresando que parece no debe entenderse perjudicado el derecho de tercero: añade Socin. que á favor de su decision está la suma equidad, al paso que la contraria tiene en su apoyo el sumo poder; ahora bien, es por la equidad que debe guiarse el juez, l. 8. C. *de judic.* con otras semejantes. Pero si el Rey trasmite á uno la cosa agena, sabiendo que no le pertenece, diciendo que obra en fuerza del sumo poder, que la da como suya, y que quiere tenga efecto su voluntad, como si creyera que dicha cosa era suya, ¿será esta donacion válida? ¿procederá lo que dije arriba siguiendo á Andr. de Isern y á otros*, á saber, que la donacion no subsiste sin que el príncipe crea de buena fe que la cosa le pertenece? Parece que el citado autor quiso abrazar en su decision el caso de que se trata, no obstante que se usara de la cláusula *en virtud del supremo poder*: sin embargo, parece que Baldo opinó lo contrario en el proemio de las Decretales, col. 3. n. 4., donde dice que la l. 3. cit. no tiene lugar á no ser que conste que el Príncipe quiso hacer uso del supremo poder; porque no es presumible que conceda la cosa agena si no obra á sabiendas, y que por lo mismo cualquier error impedirá la aplicacion de dicha ley: y lo propio quiso el mismo Baldo en la l. 2. C. *de commun. rer. alien.* distinguiendo dos casos, á saber aquel en que el fisco vende con buena fe, en el cual dice proceder d. l. 2. C. *de quadrien. præscript.*; y aquel en que obra el Príncipe en virtud del supremo poder, en cuyo caso dice proceder la l. 3. del tít. cit.; es decir que en el primer caso subsistirá la enagenacion mediante la buena fe, aunque el príncipe no haga uso de la plenitud de sus facultades; al paso que será menester que esprese hacer uso de ellas cuando sabe que la cosa es agena: lo propio y mas espresamente sostuvieron el mismo Bald. y Ang. en d. l. 2., fundados en ella, cuya ley, dicen, prueba contra los que pretenden que el Príncipe no puede dar la cosa agena mediante privilegio y despojarnos del dominio; es decir, aunque sea sin justa causa, segun ellos; porque cuando esta existe no cabe dificultad: y no se diga que esto pueda hacerlo el Príncipe promulgando una ley general, como con dicha ley lo hizo, y no por privilegio; pues que el Emperador confirma en ella todas las concesiones antes hechas por privilegio y quiere que todos gozen de los privilegios de Zenon, como si espresa é individualmente se hubiesen atribuido en cada concesion. Tampoco obsta, dicen, la l. 7. C. *de precib. Imperat. offer.*, en la que se establece no ser válidos los rescriptos y privilejios que perjudican al derecho de tercero; ley que debe entenderse en el supuesto que no exista cláusula derogatoria, ni la de *motu propio*: la misma opinion sostiene Beldo consil. 359. vol. 3. que empieza *quemadmodum Imperator*. Y adoptando esta opinion no obstará lo alegado por los que pretenden que d. l. 3. procede cuando cree pertenecerle la cosa que da, pues que á sabiendas no puede privar á nadie de su derecho sin justa causa, segun la Clement. *pastoralis*, 2. *de re judic.*, y Abb. en el cap. 2. *de reb. Eccles. non alien.*

La decision de este punto pende de aquella cuestion de orígen antiguo, á saber, si el príncipe puede privar á uno del dominio de sus cosas, en virtud del supremo poder, cuestion que traté en la l. 1. tít. 1. Part. 2., cuya ley es bastante esplícita, y á ella puede añadirse la l. 31. tít. 18. Part. 3. Y ciertamente, mediando justa causa probada y la correspondiente indemnizacion, el príncipe puede disponer de una propiedad particular, y no de otra suerte; tal es lo que establecen estas leyes de Partida, y parece ser la opinion mas probable, la de los DD. que así lo deciden en el capítulo *quæ in Eclesiarum*, *de constit.*, donde puede verse Felipe Decio col. 7. y 10. La equidad y el decoro deben servir de norma al Príncipe que quiere usar de la lenitud de su poder, l. 2. C. *ne fiscus rem quam vendit evinc.* — * Véase la nota 4 de este título, donde tratamos de las circunstancias bajo las cuales puede tener lugar la enagenacion forzosa.

(283) Esceptúese: 1º. si la cosa es de la Iglesia, cap. *quiqumq. milit.*, 12. q. 2. y cap. 2. *de reb. Eccles. non alien.* y allí la Glos.: 2º. si la cosa se diese á la misma Iglesia, cap. *placuit*, 1. y allí la glosa 16. q. 3. ¿Y si la cosa fuese de un menor? La ley será tambien aplicable: así opinan Jacob. Butric., Bald., Salic. y Paul. de Castr. en la l. últ. C. *si advers. fisc.*, desechando la Glos. que quiso lo contrario, la que segun Salic. seria viciada por descuido del copista, y lo mismo opi-

que la da (286). Pero aquel a quien la tomasse, puedele pedir, quel de la estimacion de aquella

na Juan de Plat. en la l. pen. al fin C. *de fid. et jur. hast. fisc.* Lo cierto es que si el menor no pide el precio al fisco dentro del cuadrienio, podrá aun pedirlo pasado este término, segun los Doct. en la cit. l. últ. ¿Qué dirémos de las cosas dotales? Bald. consil. 359. vol. 3. opina que en perjuicio de las mismas no tienen lugar las l. l. cít. y esta decision de Bald. la refiere y la recomienda mucho Jas. en la l. 1. D. *solut. matrim.* col. 3., diciendo no haber leido en otra parte decision semejante: Francisco Balbo la adopta en el trat. *præscriptionum.* fol. 54. col. 1. vers. 11., así como Socin., al cual este no cita, consil. 121. y 46. vol. 4., donde corrobora la misma opinion con algunos argumentos y dice hallarse conforme con la equidad. El fundamento de Baldo y de los demás está en que la ley que dispone en general no se aplica en perjuicio de la dote: empero, si bien es de mucho peso la autoridad de Baldo, particularmente cuando no tiene contradictor, segun Alex. en la l. 17. §. 1. 17. D. *de adquir. poss.*, y sobre todo en este punto en que tiene á favor suyo á Bald., Socin. y Jas.; sin embargo, dudo de la procedencia de la escepcion; desde luego se observa que Baldo y los demás hablan sin apoyo de ley alguna; además, el favor que merece la dote, parece no ser bastante en este caso, pues que siendo mayor el privilegio de la menor edad, que el que se atribuye al sexo, l. 12. D. *de minor.*, sin embargo, las cosas de los menores no escluyen, segun llevo dicho, la aplicacion de las leyes de que se trata: añádese que por lo regular las cosas dotales se equiparan á las demás, escepto cuando espresamente se previene que la dote sea privilegiada, segun la Glos. y los DD. en la l. 1. D. *solut. matrim.*, donde la Glos. se ocupa en la investigacion de los privilegios especiales de la dote, entre los cuales no se cuenta el de que se trata: ahora bien, tanto esta ley como las l. l. 2. y 3. D. *de quadrien. præscript.* hablan en general de toda suerte de cosas y personas; y de otra parte la ley que así dispone se estiende á todos los casos y personas aunque privilegiadas, l. 15. §. últ. D. *de testam. milit.* y allí Bald.; luego esta ley y las citadas del C. comprenden las cosas dotales, y así lo opina tambien Dec. consil. 301., quien en la col. pen. concluye, que dejándose llevar Jas. por la decision de Salic. en d. l. últ. C. *de jur. dot.* no examinó bastante la materia: dice tambien allí que la ley hablando en general comprende á la dote, siempre que no se hallare para el mismo caso privilegiada: con esto quedan contestadas las razones de Socin. en d. consil. 46. col. 6., siendo de advertir que fiándose poco en la decision de Bald. y en sus argumentos, dice en la col. 7., que sea lo que fuese del derecho comun en esta materia, en su caso se funda en cierto estatuto especial.

(284) ¿Qué dirémos si en la enagenacion espresa la causa por la cual dice pertenecerle la cosa? ¿subsistirá aquella si se halla ser falsa la causa, como si dice pertenecerle por confiscacion y resulta despues no ser de aquel cuyos bienes se confiscaron? Cin. en la l. 1. C. *de hæred. vel. act. vend.* está por la negativa, y se prueba por la l. 13. §. 9. D. *de petit. hæred.*; lo mismo opinan allí Bald. y Salic. y Bald. en la l. 8. C. *de remiss. pign.*, fundándose en la misma ley; y corrobórase esta opinion con lo que dije, á saber, que cuando el Príncipe tiene en la cosa algun derecho, este es lo único que se entiende transmitir; y entendiendo en estos términos el cit. §. 9., no podrá decirse corregido por d. d. l. l. 2. y 3. C. *de quadrien. præscript.*; lo que querian la Glos. Bart. y Ang. en d. §. 9.: esta decision de Cin. la aplicó Rodr. Suarez en sus alegaciones, aleg. 11.

(285) Entiéndase en el supuesto que el Rey posea la cosa cuando la da ó la vende, segun Bart. en la l. últ. C. *si cont. jus. vel utilit. public.*, Bald. en la l. 2. C. *de comm. rer. alien.* y en la l. 1. C. *de hæred. vel act. vend.* col. 1., á quien sigue Felin. en el cap. *quæ in Ecclesiarum*, col. 14, *de constit.* y Jas. en la auth. *quas actiones*, C. *de Sacros. Eccles.* Es de advertir que si el donatario ó comprador posee, se presume que el príncipe poseia, Bald. y Felin. en los lug. cit., Franc. Balb. trat. *præscript.* fol. 53. col. 4., y hace al caso el cap. 1. 12. q. 5. y lo que notan Imol. y los Doct. en el cap. 3. *de pecul. cleric.* Entiéndase que debe mediar la tradicion, no bastando el mero título de venta ó donacion para transferir el dominio, como lo nota Bald. en el cap. 1. §. últ. col. últ. *de nov. form. fidelit.*, á quien sigue Jas. en la l. 20. C. *de pact.* col. 2., y el mismo Bald. vol. 1. consil. 363. donde añade ser preciso que en el acto de la tradicion no se interponga un legítimo contradictor.

(286) ¿Qué dirémos si aquel á quien el Príncipe transmite la cosa, y el que antes era dueño de ella, pretendan tener título real? Consultado sobre el caso Ludov. Roman. dijo, consil. 298. que no procedia la aplicacion de esta ley, alegando el cap. *Abbàte sanè 3 de re judic.*, el cap. *cum olim, de re judic.*, y el cap. *capitulum Sanctæ Crucis, de rescript.* y demás que pueden verse en el lug. cit.: ciertamente es singular esta escepcion, la que tal vez no procederá cuando constase que el Príncipe hizo la segunda concesion no obstante la primera, la que quiso tener por revocada; y en estos términos Felipe Decio entiende la decision de Roman. consil. 191. col. 2. n. 4. vol. 1., pues que las razones en que Roma-

cosa, fasta quatro años, e el Rey deuegela pagar: e si fasta quatro años non pidiesse la estimacion, dende en adelante non podria. Otrosi dezimos, que si el Rey ouiesse alguna cosa comunalmente con otros, que la puede vender (287) toda, o dar (288), por razon de aquella parte que ha en ella;

no se funda tienden á probar que la segunda concesion se alcanzó subrepticiamente, es decir, no teniendo presente el Príncipe la primera: viene en apoyo de esto Bald. en el cap. 1. §. *ad hæc, de pace juram. firm.* n. 11., donde dice que cuando el Papa despues de haber conferido á alguno un beneficio eclesiástico, se lo quita en uso de sus facultades, y lo confiere á otro, está obligado á conferir al primero un beneficio igual al que tenia; con lo que indica manifiestamente que en su opinion el segundo seguirá en posesion del beneficio, sin embargo de la colacion anterior: pues que, lo que el Príncipe concede por mera voluntad, sin causa, puede quitarlo y darlo á otro, como lo notan Inoc. en el cap. *quæ in Ecclessiarum de constitut.* y Ang. en la l. 37. D. *de reb. auct. judic. possid.*; véase sobre este punto Bald. en la l. 3. C. *unde liberi*, y Felin. en el cap. *novit de judiciis*, col. 8. Adviértase tambien que los argumentos de Romano concluyen cuando los dos tienen título de un mismo rey: si cada uno lo tuviere de Rey distinto, será mayor la duda, particularmente cuando uno de los Reyes no fuere heredero del otro: y no se diga, que el argumento deducido del cap. *Abbate sanè* comprende tambien el caso en que los títulos dimanan de distintos príncipes; pues que dicho cap. no prueba lo que quiere Romano, ni lo supone la Glos. á la cual tambien cita. Otra cuestion: atendido que esta ley dispone simplemente que el dominio de la cosa vendida ó donada por el Príncipe, pase al comprador ó donatario ¿será escuchado un tercero que mueve cuestion, no sobre el dominio, pero si fundado en hipoteca ú otro derecho? Ang. en la l. 1. C. *de hæred. vel act. vend.* dice que si uno compra del fisco herencia ó cosa singular adquiere la seguridad de que en ningun tiempo podrá nadie pedirle el todo ni parte alguna de la herencia ó cosa particular, y que este es el espíritu de d. l. 2. C. *de quadrien. præscript.*; si bien podrá indudablemente un tercero reclamar del comprador de dicha herencia cualquier crédito que sobre la misma le competa: y así debe entenderse d. l. 1. segun lo anotado por Cino en la misma: lo que no decide Ang. es si el comprador podrá ser reconvenido por la accion hipotecaria ú otra que no sea la de dominio; pero podrémos inferir que se inclinó á la negativa, si atendemos á que en la conclusion no indica nada que sea relativo al que compra una cosa determinada, al cual la accion hipotecaria debia comprender, de la misma manera que al comprador universal; además, está espreso en d. l. 2. que ni la accion hipotecaria ni las personales tienen lugar contra del que recibe algo del fisco ó del Príncipe: entiéndase esto en el supuesto que vendan simplemente la cosa; ahora, si cualquiera de los dos vendiere á fuer de acreedor ó en virtud de algun derecho especial nulo, entónces si el acreedor tuvo ó pudo tener noticia del acto y calló se entiende haber renunciado al derecho de hipoteca, l. 8. C. *de remiss. pign.* y allí Bald. Empero Socin. consil. 46. vol. 4. col. 6. n. 13. vers. 4. quiere, que aun cuando el fisco vende simplemente, se distinga si tuvo ó no noticia del acto el acreedor, pues que la cit. l. 8. habla de un modo general, entendiéndola en esta forma la Glos. y Bald., y añade que así lo opinó Paul. de Castr. en la l. últ. C. si *advers. fisc.* Con todo es mas acertado el parecer de Bald. quien entendió perfectamente d. l. 8. y las cit. l. l. 2. y 3. *de quadrien. præscript.*, y es el que debemos seguir: la decision de Cast. se refiere al supuesto de vender el fisco á fuer de acreedor. Si bien esta ley de Partidas no se espresa en este punto con la misma latitud que d. l. 2. C. *de quadrien. præscript.*, deberémos suplirla por esta; pues que la intencion de entrambos es igual, á saber, el atribuir una seguridad completa al adquirente, limitando al recurso ó accion contra el fisco, el derecho del tercero que se siente perjudicado. Añádase tambien que en virtud de esta ley se transfiere el dominio al comprador cuando la venta á mas de ser válida se ha verificado con la debida formalidad; pero no si esta falta, l. 9. D. *de rescind. vend.*, y lo afirma Bald. en d. consil. 363. vol. 1. y Socin. en d. consil. 46. col. 7. n. 16.

(287) Añád. l. 1. C. *de vend. rer. fisc. cum privat. commun.* l. 2. C. *de commum. rer. alien.* y Az. en la suma C. *de reb. alien. non alienan.* Bart. y Juan de Plat. limitan d. l. 1. al supuesto que el Rey ó el fisco reportare utilidad de vender la cosa por el total, por ej. si de esta suerte podian venderla á mejor precio; ahora, si cesa la utilidad, niegan al Rey y al fisco la facultad de que se trata; y lo mismo opina Salic. en d. l. 2., donde puede verse la Glos. Por equitativa que sea esta opinion, no podria sostenerse en presencia de esta ley de Partidas, atendido que ella autoriza al Príncipe para hacer donacion de la cosa que tiene en comunion con otra, en cuyo caso no tiene lugar la utilidad indicada; á no ser que se diga que puede aun existir, cuando se intente remunerar algun servicio, ó bien que siempre hay utilidad de parte del Príncipe en poder hacer la donacion por el total: empero, la restriccion de los cit. DD. es demasiado grande para que quepa, atendidas las palabras

e passa el señorio de aquella cosa al que la vende, o al que la da. Mas con todo esso, deue dar (289) la estimacion a cada vno de los otros, segund la parte que auian en aquella cosa.

LEY 54. *Del ome que vende a otro cosa agena, en nome de aquel que ouiesse el señorio della.*

Si vn ome vendiesse a otro cosa agena, en nome de aquel que ouiesse el señorio della; si aquel cuya es la cosa, ha por firme (290) la vendida despues que es fecha, vale, e passa el señorio al que la compra; maguer que de comienço non fiziesse esse atal la vendida, con otorgamiento, nin con sabiduria de aquel cuya era la cosa. Mas si non la vendiesse en nome del señor della, mas en el suyo mismo; si aquel que la compra sabe que non es la cosa de aquel que gela vende, entonce non passa a el el señorio della, nin la puede ganar por tiempo (291). Ante dezimos, que aquel cuya es, que la puede demandar, e la deue cobrar en todas guisas. Pero si este comprador atal ouo buena fe quando compro la cosa, non sabiendo que era agena, mas cuydando que era de aquel que gela vendio; entonce puede ganar por tiempo el señorio della: e es tenudo el vendedor en todas guisas (292), de tornar el precio a aquel cuya era la cosa. Otrosi dezimos, que vendiendo ome cosa agena como suya, si despues que la vendida es fecha, se pierde la cosa, o se muere (293), puede el señor de la

terminantes de nuestra ley; así que deberemos tomarla tal como está escrita. ¿De la facultad de vender la cosa comun, induciremos á favor del Príncipe la facultad de hipotecarla? Así lo hace la Glos. en la l. 1. C. *si commun. res pign. data sit.* Podrá el condueño usar del derecho de tanteo, á tenor de la l. 55. de este tít. y segun Bald. quien en la l. 2. cit. decia ser justo que el fisco no vendiera sin haber requerido antes al condueño., el cual deberá ser preferido por el tanto, arg. l. 8. D. *de in diem addict.* y l. 16. D. *de reb. auct. jud. possid.* Por último procede esta ley sea ó no la cosa divisible, segun la Glos. y los DD. en d. l. 2. y en la cit. l. 1.

(288) Esto no se halla en el derecho comun. En efecto, las leyes citadas en la nota anter. hablan de la venta tan solo: si se dijere que permitiéndose al Príncipe segun la cit. l. 2. C. *de commun. rer. alien.* y la l. 3. C. *de quadrien. præscript.*, de la misma manera que en esta ley el dar ó vender la cosa que es agena por el total, con mayoría de razon debe permitírsele respecto de la que en parte le pertenece; se contestará que las l. l. cit. proceden, como dije, cuando el Príncipe cree que la cosa es suya, y no cuando sabe que es agena, cuya circunstancia se supone existir en el caso de disponerse de la cosa comun. Adviértase que en todo caso debe indemnizarse al condueño, l. 2. tít. 1. Part. 2. y l. 31. tít. 18. Part. 3., y es además preciso que exista legítima causa, segun la l. 31. cit. Con estas restricciones tendrémos que la comunion no produciria ningun derecho especial á favor del Príncipe, derecho que parece tiende á establecer esta ley; es de ahí que tal vez no será necesaria la legítima causa, con tal que se cumpla con la indemnizacion.

(289) De estas palabras *deue dar* se infiere que el precio se pagará por entero al fisco ó al príncipe, á quienes acudirán los condueños para obtener su parte; lo que nota Bart. en d. l. 1. C. *de vend. rer. fiscal.* con respecto á las leyes que disponen la distribucion de la pena pecuniaria entre un particular y el fisco, cuya pena, dice, la cobrará por entero el último, dando luego la parte correspondiente al primero, l. 15. §. 3. y l. 22. §. 1. D. *de jure fisci*; lo que es útil, añade, porque la ejecucion se hará mas fácilmente, l. pen. C. *de conven. fisc. debitor.* y allí el mismo Bart.

(290) Deriva esta ley de lo anotado por Az. en la suma C. *de reb. alien. non alienan.*: añád. l. 48. del cit. tít. y l. 3. C. *de reivindic.*

(291) A causa de la mala fe, segun el cap. últ. y el cap. 5. *de præscript.* y la regla 2. *de regul. jur.* lib. 6. y las l. l. 9. y 18. tít. 29. Part. 3.

(292) Ya célebre la venta en su nombre, ya lo haga en el de su principal, l. 3. C. *de reivindic.* y l. 1. C. *de reb. alien. non alienan.*

(293) Lo mismo será si es difícil haber la cosa porque se haya transportado lejos, l. 1. al fin D. *de exercit.* y Cin. y Ang. en la l. 3. C. *de reivindic.* ¿Se dará por el contrario esta accion subsidiaria, si tu has comprado una cosa con dinero mio, y de otra parte eres insolvente? ¿Podré entónces instituir la accion *reivindicativa*, dando por firme la compra como si se hubiese verificado en mi nombre? La glos. últ. á la l. 67. D. *de jur. dot.* suscita esa cuestion y la decide por la afirmativa, en el supuesto que hubieses obtenido mi dinero en virtud de causa lucrativa, y lo mismo opina Paul. de Castr. en d. l. 3. al fin: Ang. y Bald. en la misma ley sostienen lo contrario: v. allí Salic. q. 11. Y ciertamente cuando no queda otro recurso al dueño del dinero que sirvió de precio, parece justa la opinion de la Glos. y de Paul. de Castr., que tambien es la de Cin. siguiendo á Petr. en d. l. 3. así como la de Alber. en el mismo lugar; empero si otra accion existe, no debe tratarse de la *negotiorum gestorum subsidiaria*, como dice Salic. en dicho lugar. Si se ha vendido la cosa que se

cosa auer la vendida por firme, e demandar (294) el precio (295) della al vendedor; quier fuere fecha la vendida en nome del señor, o non.

LEY 55. *Como la vendida, que es fecha de la cosa comun de so vno, deue valer, maguer non sea partida entre ellos.*

Dos omes, o mas, auiendo alguna cosa (296) comunalmente de so vno (297), dezimos, que

me debia ¿podré subsidiariamente dar por válida la venta al efecto de cobrar el precio? La l. 25. D. *de hæred. vel act. vend.* y allí Bart. deciden negativamente.

(294) Añád. l. últ. D. *de negot. gest.*, l. 3. C. *de rei vindicat.* y allí la Glos., véase allí Ang. en la *glosa magna*, y Salic. y Paul. de Castr. en la 23. D. *de reb. cred.*

(295) Si se hizo donacion de una cosa nuestra y esta despues perece ó es prescrita ¿podrémos dar por firme el acto y pedir subsidiariamente el precio? parece que no, dado que esta ley habla precisamente de la venta, y la Glos. en la l. 25. D. *de donat. int. vir. et uxor.* dice que esto no procede en la donacion, porque el donante no estipula precio. Nótese tambien que podemos dar por valedera la exaccion de una deuda al efecto de instituir la accion subsidiaria, aunque el que la cobró no haya obrado en nuestro nombre, Glos. y allí Bart. en la l. 41. D. *de reb. cred.* Y si mi acreedor vendió sin derecho la prenda, puedo dar por firme el acto para pedir el precio, aunque no hubiese aquella perecido ni estuviese prescrita, véase una glosa notable y allí Bald. en la l. 2. C. *si vendit. pign. agat*: porque, vendiendo el acreedor en calidad de tal, se entiende haber desempeñado el negocio del deudor: y si bien el segundo acreedor que vende la cosa hipotecada, no puede ser reconvenido por el primero, el cual está circunscrito á la accion hipotecaria contra el comprador, l. 1. D. *de distract. pign.*; con todo, si la cosa ha perecido ó ha sido prescrita tendrá accion subsidiaria para reclamar lo que resta del precio despues de satisfecho el acreedor que vendió, véase una glosa notable y allí Bart. en d. l.

(296) Tendrá lugar esta ley aunque la cosa sea mueble ó semoviente, como en el ganado y en los esclavos, atendido que la palabra cosa es jeneral y las comprende todas, segun las l. l. 1. D. *de reb. cred.*, 5. y 25. D. *de verb. signif.* y 32. §. 2. D. *de legat.* 2. y allí Bald.: tendrá tambien lugar en los derechos y acciones, l. 1. D. *de stat. hom.* y allí Bald. y los Doct., así como respecto de la herencia, l. 19. C. *de pact.*: y confírmase esto por lo que de otra parte se establece en el derecho, á saber, que el dueño de un predio goza del derecho de tanteo cuando el colono vende los frutos cojidos en el mismo; l. 1. C. *de metall. et metallar.*, y en ella lo notan Bart. y Juan de Platea: en la misma ley dice Luc. de Pen., que ella apoya á los señores territoriales en la pretension al tanteo de los frutos y otras cosas que venden los colonos y demás vasallos: añade tambien, partiendo de d. l., que puede sortenerse la pretension del Gobierno, relativa á que los fabricantes de sal la vendan esclusivamente al fisco, lo que se observa en nuestro reino; si bien seria de desear que reinara la justicia en la fijacion del precio. Sin embargo, obsta la l. 75. de Toro, con aquellas palabras: *si alguno vendiese parte de alguna heredad, que tiene comun con otro*, etc. de las que se infiere que entendió esta ley de Part. limitada á la comunion de los inmuebles: obsta tambien que el retracto de sangre se concreta á los bienes inmuebles, l. 6 y 7 tít. 7. lib. 5. del Ordenam. Real y l. 13. tít. 10. lib. 3. del Fuero Real: además la constitucion de Federico que citamos en otro lugar se limita á los inmuebles; y por fin, jamás he visto que se moviera pleito sobre retracto de cosa comun de la clase de las muebles: en la práctica, quizá deberá limitarse á los inmuebles el retracto por causa de comunion; empero, si atendemos al rigor del derecho se estenderá tambien á los muebles, atendido que esta ley se espresa de un modo jeneral y sin distinguir, y de otra parte no debe hacer fuerza lo relativo al retracto de sangre, porque en él militan razones distintas.—* Parece mas que probable que la ley 75 de Toro (l. 9. tít. 13. lib. 10. Nov. Rec.) entendió limitado á las cosas inmuebles el retracto por razon del condominio. En efecto, al estender ella á dicho retracto lo establecido para el de sangre, relativamente al término, consignacion del precio y demás solemnidades, parte del supuesto que uno vendiere la parte de alguna *heredad* que tiene en comun con otro. Es verdad que al fin usa de la palabra cosa; pero tambien se ve que la cláusula en que esta palabra se encuentra está puesta á manera de consecuencia de lo dicho anteriormente.

(297) Es decir que sean dueños por indiviso: pues que se dicen comuneros los que son partícipes de un mismo dominio, segun Bald. en la l. 14. C. *de contrah. empt.* Es de ahí que tendrá lugar la aplicacion de esta ley aunque sean meros enfitéutas los comuneros, pues que tienen el dominio útil, l. 1. D. *si ager vectigal. vel emphiteut. petat.* y allí la glosa últ., y Bald. en la l. 1. §. 3. D. *de superfic.*, y sobre el retracto de sangre así lo sentaron Alber., Bald. y Ang., siguiendo á otros jurisconsultos antiguos en la l. 60. D. *de pact*, donde dicen que en virtud de dicha ley el dueño es preferido al pariente en el retracto.

del predio enfitéutico, lo que está conforme con la l. 74. de Toro, y lo afirman tambien Alex. consil. 27. col. 2. vol. 6. y Bald. consil. 300. vol. 1.: lo mismo deberá decirse del feudo por igual razon; sobre lo que véase Juan Fab. en el §. 1. *Inst. de empt. et vend.*, y lo sienta Mateo de Aflict. en su trat. *protomiseos*, glos. 1. col. 3. y 11., fundado en el cap. 1. §. *sed etiam res*, *per quos fiat investitura*. Deberemos tambien decir lo mismo si la comunion *pro indiviso* versa sobre el usufruto de alguna cosa; es decir que si uno de los usufrutuarios vende su parte á un tercero, los demás tendrán el derecho de retraer por el tanto: lo que se confirma por las palabras jenerales de esta ley; y si partimos del supuesto que ella comprende tambien las cosas muebles será inútil disputar aquí si el usufruto pertenece ó no á la clase de las mismas, sobre lo cual V. Bart. en la l. 44. §. 5. D. *de usucapion.* y Luc. de Pen. en la l. últ. C. *de vend. rer. civit.* col. 2. Empero ¿si el propietario vende el derecho de propiedad, tendrá el usufrutuario derecho de retraer, como partícipe en la cosa? Así parece si se considera que el usufruto es parte del dominio, l. 76. §. 2. D. *de legat.* 2. Sin embargo dígase que no cabe el retracto en el caso propuesto, atendido que la ley dice *comunalmente de so uno*, y que de otra parte el derecho de usufruto es diferente del dominio, segun la l. 25. D. *de verb. signif.* y allí la Glos. y la misma en la l. 4. C. *de usufrut.*; además, como dice Bald. en la l. 2. C. *de commun. rer. alien.*, seria contrario á la naturaleza el que al usufruto accediera la propiedad: el usufruto es ciertamente parte integral ó legal del dominio, mas no predicativa ó subjetiva, segun Placent., cuya opinion está conforme con la l. 25. cit. Cuando se dice, *el usufruto del fundo ticiano pertenece á Pedro*, no puede inferirse que Pedro sea dueño de dicho predio; al contrario, la lejítima consecuencia es opuesta, porque al dueño no puede corresponderle usufruto ni otra servidumbre que gravite sobre su mismo predio; así que, el usufruto es parte integrante del dominio: lo mismo, y con mayoría de razon, deberá decirse del uso: aunque, segun Bald. en d. l. 2., el usufruto derive del pleno dominio, sin embargo, no tiene la naturaleza de propiedad, sino que es una forma corruptible, que fácilmente vuelve á unirse con el derecho de propiedad: y lo mismo sucede con las demás servidumbres porque no son consideradas como porciones del dominio, l. 66. §. pen. D. *de legat.* 2., l. 75. D. de evict. y d. l. 25. *de verb. signif.* Empero, si dos ó mas tienen en comun el usufruto, uso ú otra servidumbre, como la de apacentar ganado en tal predio, y uno de ellos vende su parte á un estraño, los demás partícipes tendrán el derecho de tanteo, en fuerza de la comunion en el mismo derecho, como dejo sentado: mayormente, si se atiende que estas servidumbres inherentes á inmuebles se reputan cosas de esta clase, segun el cap. 2. *de reb. Eccles. non alien.* lib. 6., la l. últ. C. *de long. temp. præscript.*, y lo notan Ant. y Juan. de Imol. en el cap. *nulli, de reb. Eccles. non alien.* Tendrá tambien lugar esta ley cuando á dos ó mas les competa una misma accion personal para reclamar un predio, y uno de ellos vende su derecho á un estraño; atendido que se espresa en jeneral diciendo *alguna cosa*, sin limitarse á los bienes inmuebles; no siendo por lo mismo necesario investigar si las acciones se reputan muebles ó inmuebles; sobre lo cual v. Abb. en d. cap. *nulli*, Bart en la l. 1. C. *si advers. transact.* y en la l. 75. §. últ. D. *de legat.* 1., Juan de Plat. en la l. 2. §. 1. C. *quando et quib. quarta pars debeat.*, Bald. en la l. 14. y en la auth. *hoc jus porrectum*, C. *de Sacros. Eccles.*, en el cap. 1. vers. *sciendum, de feudor. commiss. et de pace tenend.*, en la l. 1. C. *de prætor. pign.* y en d. l. 1. D. *de stat. hom.* en entrambas lecturas, Dec. consil. 237. col. 1., Alex consil. 45. col. 3. vers. *primo enim considero*, y Oldraldo consil. 218.; y así pues no tendrá lugar lo que, partiendo de esta cuestion, trae Dec. consil. 300. col. 2. vers *ulterius et secundo* etc. ¿Y si el dueño directo vende su derecho podrá retraer el enfitéuta en calidad de partícipe en el dominio? parece que no, si se considera que esta ley dice *comunalmente de so uno*, y que el enfitéuta no tiene el dominio en comunion con el señor directo, y si un dominio subalterno respecto del que compete á dicho dueño; pues que el mismo dominio no puede pertenecer á dos á un mismo tiempo, l. 5. §. 15. D. *commodati*; son pues diferentes los dominios, como lo nota Bart. en la l. 17. §. 1. D. *de adquir. possess.*: apoya esta decision el que el dueño directo no debe requerir al enfitéuta, cuando quiere vender su derecho, al paso que debe llenar este requisito el enfitéuta respecto del dueño directo, por si quiere tomar por el tanto el dominio útil. Podrá pues el dueño directo vender su derecho á quien quisiere, como lo decide notablemente el *Specul.* tít. de *locato*, §. *nunc aliqua*, vers, 93.; si bien en algunos lugares, segun el mismo *Specul.*, se acostumbra insertar la siguiente cláusula, que si el dueño vendiese su derecho, pueda el infitéuta retraer, aunque sea por 10 ó 20 sueldos menos: pero esto es puramente convencional, como dice Jas. en su trat. *de jure emphiteutico*, fol. 118. col. 3. vers. *juxta istum textum*, donde refiere y sigue la decision del *Specul.*

Pasemos á otra cuestion: el testador lega á uno la quinta parte de sus bienes, disposicion que á cada paso hacen los maridos á favor de sus mujeres; este legatorio compra del heredero un predio hereditario, cuyo predio quieren retraer por el tanto los parientes, fundándose en las le-

yes del Fuero y de los Ordenamientos: el legatario dice que no debe tener lugar el retracto, porque él tiene parte en la cosa por ser legatorio de la quinta parte de los bienes, y de consiguiente que debe ser preferido, segun la l. 74. de Toro. En este caso los parientes serán preferidos; porque el dominio de la cosa legada no pasa directamente á semejante legatario, por serlo de una parte cuota, segun la l. 23. D. *de legat.* 1. y lo afirman Bart. y la jeneralidad de los Doct. en la l. 26. tít. cit.

Esto puede servirnos para resolver otra cuestion, á saber: el marido compra un predio durante el matrimonio, y despues lo vende á un estraño: su mujer, ó los parientes de ella en su nombre quieren retraerla por el tanto, apoyados en esta ley: ¿procederá entónces el retracto? El Dr. del Castillo en sus comentarios á la l. cit. de Toro al fin de la glosa *majistral* suscita esta cuestion y se decide por la afirmativa, fundado en argumentos harto débiles. Sin embargo, favorece la opinion contraria el que la mitad de los gananciales que corresponden á la mujer, se entiende deducidas las deudas y cargas; en efecto, siendo esto así, parece que ella no adquirirá directa é inmediatamente el dominio de dicha mitad, pues que en la necesidad de semejante deduccion, segun Bart. y otros en la cit. l. 26. §. últ. D. *de legat.* 1., estriba el que al legatario de una parte cuota de los bienes no pase el dominio de ellos inmediatamente despues de la muerte del testador, á tenor de la l. 23. D. *de legat.* 1.: además, antes de la division de los gananciales debe detraerse lo que cada uno de los conyuges aportó á la comunion; de consiguiente, mientras esa operacion no se ha ejecutado, no puede saberse la parte que de las cosas compradas por el marido se deba á la mujer: así pues, milita la misma razon que sirvió de fundamento á la cit. l. 23. Que previamente deben deducirse los capitales que se aportaron á la comunion lo prueba latamente Montalvo en la l. 1. tít. 3. lib. 3. del Fuero Real, sobre la parte *de por medio*, lo que se acostumbra practicar, aunque el marido hubiese perdido en el juego, ó de otra suerte malversado, parte de sus capitales, segun Rodr. Suar. en la repet. á d. l. del Fuero, fol. 23. col. 1. La solucion de esta cuestion depende principalmente de si el dominio de lo comprado por el marido durante el matrimonio pasa al momento de la adquisicion á la mujer, aunque la entrega se hubiese hecho únicamente al primero. En este punto varian las opiniones: Pedro de Anchar. consil. 102. col. 2., discurriendo acerca de una disposicion semejante, dice, que la mujer no adquiere el dominio *ipso jure*, sino que le compete la accion *pro socio* al efecto de que se le haga partícipe de la adquisicion: alega la l. 74. D. *pro socio*, donde se establece que aun en el supuesto de haberse contraido sociedad universal, lo que despues del contrato adquiere el socio, lo hace suyo, dándose á los demás accion para conseguir su parte: si bien los bienes que los socios tienen al tiempo del contrato se comunican *ipso jure*, y aun la posesion de ello sin necesidad de tradicion, l. 1. al fin y l. 2. D. *pro socio*, y lo nota Az. en la suma C. *pro socio;* lo que despues cada uno adquiere, lo adquiere para sí, con la obligacion de hacer de ello partícipes á los demás, l. 74. cit. Igual es la opinion del Dr. Palacios Rubios, discurriendo sobre la ley del Fuero en su repet. cap. *per vestras*, en la rubr. col. *mihi.* 319., donde alega el cit. consil. de Pedro de Anchar., y examina el valor de aquellas palabras del Fuero, *hayanlo ambos por medio*, y dice que el tiempo *hayan*, no significa *ipso jure*, como lo notan la Glos. y los DD. en el cap. *si diligenti, de foro compet.*, en el cap. únic. *de sajittar.* y en la l. 5. C. *de jurisdict. omn. judic.*; y además, únicamente la sociedad universal, á cuya clase no pertenece la de los conyuges sino que es meramente de ganancias, es la que tiene semejante prerogativa. Lo mismo opina el Dr. Segura en su trat. *de bonis lucratis*, fol. 19. col. 4.; pues, si bien en la col. anter. habia dicho que la mujer adquiere al momento el dominio en virtud de la l. 1. al fin y de la l. 2. D. *pro socio* y Bart. allí; en la siguiente espresa «ó si se quiere podrá decirse que en el mismo instante de la adquisicion no consigue la mujer dominio alguno, ni en lo sucesivo, mientras la sociedad no esté disuelta», y se apoya en la l. 74. D. *pro socio*, con lo que parece inclinarse á la opinion de Pedro de Anchar. Lo contrario sostiene el mismo Palacios en la cit. repet. en la rub. col. *mihi* 362., donde dice que segun algunos, los bienes adquiridos durante el matrimonio se hacen comunes, es decir que la muger los adquiere por la parte que le toca, por el mero hecho de ser introducidos á la casa del marido, segun la Glos. que se reputa singular en d. l. 1. D. *pro socio*, y allí, para probar esto, examina el valor de aquellas palabras del Fuero *hayanlo ambos por medio*, las que refiere tanto á la mujer como al marido, es decir, que la adquisicion se verifica en provecho de los dos en el mismo instante: pero podria tambien decirse que la palabra *hayanlo* se refiere á la ejecucion del acto, segun el cep. *ex parte*, 9 *de sponsal.* y allí los Doct. sobre la cuestion aquella *habebo te in uxorem* etc. Rodrigo Suarez en la cit. rep. á la ley del Fuero, fol. 23. vers. *quæritur ulterius*, suscita esta cuestion, y despues de haber aducido algunas de las razones indicadas, así como la l. 203. del Estilo, por la que se presumen comunes entre marido y mujer los bienes, mientras que ninguno de los conyuges pruebe lo contrario, y que si estos viven de consumo, cada uno

de ellos se entiende poseer por mitad, si las pruebas no dicen otra cosa; despues de haber cit. la l. 3. D. *uti possid.* y á Ang. en la l. 41 D. *de adquir. possess.*, y que diciéndose que poseen en comun, se manifiesta bastante que se presume haberse verificado la tradicion á entrambos; al fin permanece indeciso, diciendo que la cuestion es muy dudosa y merece ser examinada con mas detencion, y que entónces no se decidia por haber sido consultado sobre un caso particular.

Por lo dicho se ve cuanta duda y diverjencia existe entre nuestros DD.: se ve tambien que ninguno de ellos atiende á la razon fundamental que aduje, sacada de la l. 23 D. *de legat.* 1., á saber, que en el legado de una parte cuota de los bienes el dominio no pasa directamente al legatario, por el motivo que llevo espresado; lo que parece fundamental en esta materia.

Mi opinion es que no obstante de no tener el carácter de universal la sociedad que existe entre los conyuges y si solo el de general ó de meras ganancias, el dominio de la cosa adquirida por el marido durante el matrimonio pasa al momento á la muger: fúndome en primer lugar en la l. 47. tít. 28. Part. 3. donde se establece, que si se ha contraido sociedad de todos los bienes adquiridos y por adquirir, no tan solamente se comunican en virtud del mero contrato los primeros, si que tambien los segundos al momento de adquirirse: y no obsta el que la ley hable de la sociedad universal, porque cuando trata de los bienes por adquirir, la ley no estriba en que la sociedad tenga semejante carácter; además, por derecho comun, como dije, ni en la sociedad universal se comunican directamente ó *ipso jure* los bienes que despues se adquieren, segun d. l. 74. y la Glos. y los Doct. en ella y en d. l. 1. §. últ.: la l. cit. de Part. quiso establecer en la sociedad que tiene por objeto las adquisiciones futuras lo mismo que por derecho comun se hallaba establecido para la sociedad universal, respecto de los bienes adquiridos al tiempo del contrato. Ahora bien, existiendo entre los conyuges una sociedad universal que abraza todas las adquisiciones futuras, segun las leyes del reino y lo prueban el cap. 17. y allí la Glos., 27. q. 2. y al cap. 2. *de donat. int. vir. et uxor.* tendrá lugar en semejante sociedad la disposicion de d. l. 47. al fin. En segundo lugar me fundo en las palabras de la l. 203 del estilo, en la que se halla escrita aquella costumbre del Reino, que generalmente se observa, á saber, que los bienes que tienen los conyuges se entiendan comunes mientras no se pruebe lo contrario: la ley dice así, *pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han, marido y muger, que son de ambos por medio*: esta palabra *son*, tiempo de un verbo sustantivo, denota efectividad de presente, segun la l. 48. princ. D. *de hæred. instit.*, y dice Bald. *tract. schismatis* en la rubr. C. *si quis aliq. test. prohib.* col. 4. que esta palabra incluye completamente la sustancia de la cosa, y que no hay otra en el mundo que en tánto grado á la sustancia se refiera: así que, diciendo de presente *son* la l. del Estilo, no debe entenderse del tiempo de la disolucion del matrimonio, arg. l. 72. D. *de servit. urban. præd.* y allí Paul. de Castr., l. 7. D. *de aur. et argent. legat.* y allí Bart., l. 76. §. 1. D. *de verb. oblig.* y allí latamente Jas. y l. 125. D. *tit. cit.*; y si semejante palabra se hubiese hallado en el estatuto al cual se refiere Pedro de Anch. en d. consil. 102. hubiera dicho sin duda lo mismo, como se infiere de sus mismas palabras, á saber, *nam verba statuti dicunt, quod sint communia inter ipsos etc.*; en efecto, la palabra *sint*, siendo presente de sujuntivo, no indica un resultado producido *ipso jure*, cap. *si diligenti*, 12. *de foro compet.* y los Doct. en la l. 5. C. *de jurisdict. omn. jud.*: he aquí pues que si en el estatuto se hallara la palabra *sunt* en vez de *sint*, hubiera el citado escritor pensado de otra manera. Fúndome en tercer lugar en la l. 14. tít. últ. lib. 3. del Fuero Real, donde se dice que la muger puede ser reconvenida por las deudas contraidas durante el matrimonio; lo que puede únicamente provenir de hacerla partícipe al momento de los gananciales, l. 10. D. *de regul. jur.*: por el mero hecho de darle *ipso jure* el condominio de dichos bienes, quiere la ley que responda directamente de las deudas: hace tambien al caso la l. 60 de Toro, la que declara la muger libre de las deudas si renuncia á los gananciales; es decir, que requiere la renuncia para que se pierda lo que se adquirió por la sola fuerza de la ley: se dirá tal vez por el contrario que la cit. l. 60. prueba no haberse adquirido el dominio por la muger, atendido que si así fuere, no lo perderia por la mera renuncia, segun la l. 17. §. 1. D. *de adquir. posses.*; á esto se contesta que el principio tiene lugar cuando el dominio proviene de una de las causas de adquisicion de derecho de gentes, esto es, mediante la tradicion; pero no en el caso de que se trata, en el cual el dominio se adquiere por la mera disposicion de la ley, dominio que la ley adjudica revocablemente, como dijimos respecto del que adquiere el legatario, l. 86. §. 2. D. *de legat.* 1. No obsta el argumento deducido de d. l. 23. D. *de legat.* 1., porque el legatario de una parte cuota de los bienes, se entiende serlo de dicha parte deducidas las deudas y cargas; al paso que la muger está tenida proporcionalmente al pago de las deudas y es responsable de la misma manera de las cargas. Empero es de advertir que el dominio y la posesion que tiene la muger no son dere-

qualquier dellos puede vender la su parte (298), maguer la cosa non sea partida. È puedele (299)

chos efectivos hasta que la sociedad concluya mediante la disolucion del matrimonio; pues que mientras este subsiste no puede decirse que haya lucros; y de otra parte no puede instarse la division mientras la sociedad dura, segun diferentes l. l. D. *pro socio*, y así la práctica, como lo atestigua Rodr. Suar. en el lug. cit. añadiendo (lo que es muy notable para la decision de la cuestion principal, la que trata el citado glosador de las l. l. de Toro) que la muger no puede accionar, ni pedir cosa alguna de los gananciales antes de la disolucion del matrimonio, mayormente atendido que mientras el matrimonio subsiste, la administracion de dichos bienes y la facultad de enagenarlos residen en el marido, segun la l. últ. tít. 4. lib. 5. del Ordenam. Real y por la l. 205. del Estilo: de lo que resulta ser equivocada la decision del citado glosador. Hay mas, ó el marido vende ó entrega el predio adquirido durante el matrimonio, ó lo vende tan solo sin efectuar la tradicion: en el primer caso, como el dominio se ha transferido por entero al comprador, la muger no puede decirse condueña; y en el segundo, hallándose el marido precisamente obligado á entregar la cosa vendida, si de hecho puede efectuarlo, segun la Glos. en el §. 1. *de empt. et vend.* en la palabra *tradatur* y Bart. en la l. 1. D. *de act. empt.* col. 4.; y de otra parte dándose por la ley al marido la facultad de vender aunque lo haga de la porcion de la muger; es claro que esta, so pretesto de retraer, no podrá impedirle la entrega de la cosa vendida.

(298) V. C. *de commun. rer. alien.*

(299) No debe tomarse esta palabra tan latamente de modo que comprenda toda suerte de enagenacion, como en la l. 29. §. 1. D. *de stat. liber*, de la que hablé en la l. 43. de este tít.; sino que no siendo esta materia favorable deberá limitarse la palabra vender á la venta propiamente tal, como en la l. 14. C. *de. contrah. empt.* Decia Alberico en d. l. 27. §. 1. que allí la interpretacion era lata por el favor que merece la libertad, al paso que la genuina significacion de la palabra venta es mas limitada, y lo mismo nota allí la Glos.; y de ello infiere con respecto á una cuestion semejante á la nuestra, que si en virtud de ley ó costumbre se diese al pariente cercano la facultad de retraer la cosa vendida, no se estenderá la misma facultad á las demás enagenaciones: insiste en la misma opinion, siguiendo á Alberto y á Odofredo, en la *disputacion* que empieza *in aliqua provincia,* la que refiere Juan Andr. en las *adic. al Specul.* tít. *de empt. et vend.* §. 2. col. 4. adic. sobre la parte *quemadmodum*, donde el *Specul.* vers. *sed pone statutum est*, dice que semejante estatuto no tendrá lugar en la dacion en paga de deuda; y lo mismo parece que debe decirse en el caso de esta ley, esto es, respecto del comunero. Entiéndese lo dicho, cuando se diese en pago de deuda por el juez, pero no si por el mismo deudor, segun Alber. en la primera parte *statutorum,* 2. part. q. 2., fundado en la l. 3. §. 1. D. *de reb. eor qui sub tut.*, en la l. 13. D. *famil. ercisc.* y en la l. 9. D. *de fideicomm. libert.*; y lo mismo opina Juan de Plat. en l. 1. C. *de fund. patrim.* en el supuesto de no mediar fraude cuando la venta es judicial: igual es la opinion de Romano, consil. 107., y de Alex. consil. 5. 2. vol. 1.; y esta cuestion la trata latamente Tiracuell. en su trat. *de utraque retractu*, glos. 14. n. 8. y 9. Conviene advertir que la dacion *in solutum* judicial, la que se llama necesaria, tiene lugar cuando la cosa se adjudica por el juez al acreedor despues de haberse subastado; si se adjudicare á un tercero no habrá dacion *in solutum*, y si una pura venta, l. 3. C. *de execut. rei judic.*, Bald. consil. 366. vol. 1. Lo dicho de la dacion *in solutum* debe entenderse del caso en que la deuda sea de dinero; pues que siendo de otra clase, el acto ninguna relacion tiene con la compra y venta, Glos., Cin., Bart. y otros en la l. 8. C. *de sentent. et interloc.* y en la l. 46. D. *de solut.*; á no ser que se dé un inmueble por una cosa mueble, pues que entónces se considera como si se hubiere dado en pago de dinero debido, segun el cit. Tiracuell., al cual véase en la cit. glos. 14. n. 40. y 41. Tampoco procederá la disposicion de esta ley cuando el condueño permuta su parte, así como no tiene lugar en semejante caso el retracto de sangre, segun la cit. l. del Fuero y allí la Glos.; y en efecto, tratándose de tomar la cosa por el mismo precio, se ve que la ley es inaplicable á la permuta, ya que fuera de la compra y venta no hay precio propiamente tal, l. 4. §. 6. D. *de damn. infect.* y l. últ. C. *de præd. decur.*, donde Juan de Plat., relativamente á esta cuestion, dice, que el que es preferido en el caso de venta, no es atendido en el de permuta. ¿Y si por una cosa mueble debida se diese un inmueble? Véase lo que dije arriba en esta misma nota. ¿Tendrá lugar el retracto de que tratamos si á título de transaccion se deja la cosa en poder del poseedor mediante cierto precio? V. Tiracuell. en la cit. glos. 14. n. 60. y 61.: véase tambien en la misma glosa, n. 79. y 80. si dará ó no lugar al retracto el arrendamiento celebrado para largo tiempo; y véanse tambien en el mismo lugar otras cuestiones relativas á esta materia: y acerca el indicado caso de arrendamiento, véase además Dec. consil. 282. al fin.

vender a qualquier de los que han en ella parte (300), o a otro estraño (301). Pero si alguno de los que han parte en la cosa, quisieren dar tanto por ella (302), como el estraño, esse la deue auer (303) ante que el estraño. E la vendida del estraño se deue entender que puede ser

(300) Podrá pues vender á uno de los condueños, aunque lo fuese respecto de la menor parte; porque por razon de ella es y se llama condueño, l. 1. C. *de commun. serv. manumm.*: de lo que Baldo en el mismo lugar, tratando del estatuto florentino en virtud del cual el condueño no puede transmitir su parte á un estraño, infiere que si son tres ó mas condueños podrá uno de ellos transmitir su parte al que no tuviese mas que la milésima, no obstante que otro de los condueños tenga una porcion mayor en la casa, lo que dice debe tenerse presente: esta ley establece un privilegio á favor de los condueños contra las personas estrañas; de lo que se sigue que el condueño no gozará de él contra su compañero en el dominio, l. 34. D. *de minor.*, donde se establece que en igualdad de privilegio será mejor la condicion del que sea reconvenido. Obsta empero la l. últ. C. *de agric et mancip.*, donde se establece que no se venda la heredad patrimonial del Príncipe á uno solo de sus colonos, y sí á varios, á fin de evitar disturbios: porque naturalmente se engrien y ensoberbecen los campesinos cuando llegan á enriquecerse: de aquí deduce Juan de Plat., en la misma ley, que la cosa comun, antes debe venderse á todos los condueños que á uno solo de ellos, á fin de que este no venga á ser insoportable á los demás: empero Luc. de Penna en la misma ley, la entiende de otra manera, á saber, que si alguno de los colonos del Emperador quiere vender su heredad, cuyo dominio directo pertenece al patrimonio del Príncipe, deba requerir á los demás colonos de orígen ó derecho semejante, á fin de no dar á aquellos un compañero que pudiera serles incómodo: entendiendo así la l. cit. ya no obstará á la proposion que sentamos; y á lo mas podrá decirse, que si bien el caso de venderse á un condueño que, poseyendo gran parte de la cosa, puede causar molestias á los demás, pueden estos ser admitidos entónces á retraer, á lo menos por la parte que cada uno tiene en la cosa comun; y hace al caso lo que sobre el socio pendenciero se dice en la l. 14. D. *pro socio*.

(301) Añád. l. 3. C. *de comm. rer. alien.* y l. 1. C. *comm. divid.*: Valdria sin embargo el estatuto que no permitiera vender á un estraño sin requerir antes al condueño, l. 14. C. *de contrah. empt.* y allí Salic., l. 1. C. *non licere habitat. metro.* y Bald. en la l. 1. C. *comm. divid.* 1. *notab.*; por mas que Ang. en d. l. 14., y apoyado en ella, diga, que semejante estatuto seria inicuo: porque d. l. 14. habla del caso en que la ley prohibiera absolutamente vender á los estraños; lo que no disponen las de que hablamos, y si que antes de vender á un estraño se requiera al condueño por si decide tomar la cosa por el tanto: esta disposicion nada tiene de inicuo, y así lo prueba esta ley.

(302) Sea ó no escesivo el precio, porque el vendedor no debe salir perjudicado, l. 3. C. *comm. divid.*, auth. *hoc jus porrect.* C. *de Sacros Eccles.* y l. 38. D. *de rei vindic.*, donde se dice que el justo precio es aquel que hubiera conseguido el poseedor; ó en otros términos, la cosa vale el precio que se ofrece por ella puesta en venta, l. 14. princ. D. *de condict. furt.*, donde la Glos. alega las concordancias; y así lo deciden Juan Andr. en las adic. al *Specul.* tít. *de empt. et vend.* §. 2. col. 6. y 7., Baldo en la l. 2. C. *de rescind. vend.* cuest. últ., Juan de Imol. en la l. 122. §. 3. D. *de verb. oblig.* y Fab. de Monte en su trat. *de emp. et vendit* en la 3. cuest. de la 20. cuest. principal, y lo prueba la l. últ. C. *de jur. emphit.*, allí, *et tantam præstare quantitatem, quantam ipse..... ab alio recipere potest.* ¿Qué dirémos si la cosa se vende por cierto precio espresendo que se hace donacion de cuanto mas valiese? No debe ser atendida esta cláusala, porque es puramente de estilo, como lo dice Ang. en la l. 2. C. *de rescind. vend.*: sin embargo, si apareciere que deriva de la intencion del vendedor, esto es, si de la afeccion ó de otras conjeturas resultase que este quiso hacer donacion de parte del justo precio, el que retrae deberá tambien pagar esta parte, como bellamente lo trae Molinœus en las costumbres parisienses, tít. 1. §. 13. glos. 5. cuest. 12. y Fab. de Monte en su trat. *de empt. et vend.* 8. cuest. princip. 4. cuest. y Tiracuell. trat. *de utroque retractu*, fol. 140. n. 11. y 12. y fol. 141.

(303) No se hallaba así establecido por derecho comun; al contrario era libre el condueño de transmitir su parte á un estracto; pero por equidad el condueño debe ser preferido por el tanto, segun Bald. en d. l. 2. C. *de comm. rer. alien.*, el cual alega la l. 8. D. *de in diem addict.* y la l. 1. D. *de privileg. credit.*, las que no prueban lo que el pretende: y Fab. de Monte en su trat. *de empt. et vend.* citando á Guill. de Cugneo en la l. 1. D. *de privil. credit.* decia que en igualdad de circunstancias antes debe venderse la cosa al vecino que á otro; hace al caso la l. 7. C. *de omni agro deserto*, y dice el cit. Fab. en la 3. cuest. princip. cuest. 20. que así opinan los modernos en la l. 110. D. *de verb. oblig.*, porque nos interesa estar libres de malos vecinos, l. últ. C. *de pact. int. empt. et vendit.*, y adquirir los predios lindantes aunque sea por un precio escesivo, l. 54. D. *de legat.* Sobre

el particular se promulgó por el emperador Federico, rey de Sicilia, una ley que á la letra copia Mat. de Afflict. en su trat. *de jure protomiseos*, la que no se observa en estos reinos, ni tiene lugar en ellos el retracto por razon de vecindad, ni Guill. de Cugneo, en la especie de que se ocupa, se funda en testos del derecho comun. Téngase presente esta ley en cuanto establece que tenga lugar el retracto por razon de la comunion en la cosa vendida: en este retracto deberá observarse todo cuanto está prevenido para el de sangre por las leyes del Fuero y del Ordenam. de Nieva; es decir, lo relativo al ofrecimiento y consignacion del precio, el término de los nueve dias y lo demás que se establece en la l. 75. de Toro, en cuyas glosas pueden verse algunas cuestiones sobre la materia, así como en el trat. de Mat. de Afflict. ¿Pero si el estraño á quien el condueño vende su parte es clérigo ó iglesia, habrá lugar al retracto? Así parece, segun el cap. 8. *de in integr. restit.* y allí Abb. 5. notab.: este mismo privilegio de retracto pueden á su vez tenerle los clérigos, como lo advierte Decio, consil. 282. al fin; y bajo el supuesto de una disposicion igual á la de nuestra ley decide á favor del retracto Alex. consil. 143. vol. 7. Empero, supóngase que Pedro y yo poseemos una cosa en comun, que Pedro vendió su parte á Ticio sin requerirme, y que yo despues sin requerir á Ticio vendo la mia á Sempronio, cediéndole el derecho que en virtud de esta ley tenia contra Ticio para el retracto: añádase que Ticio reconviene á Sempronio al efecto de retraer la parte que á mí me compró, fundándose en que la venta se hizo sin requerirle; y que por el contrario Sempronio, en virtud de la cesion que le hice, pretende competerle el derecho de retraer la parte comprada por Ticio: pregúntase ¿quién será preferido? Mueve esta cuestion Paulo de Castr. en la l. 21. al fin C. *de furt.*, y concluye que será preferido Sempronio accionando en virtud de la cesion: véase al cit. Paulo de Castr. Nótese tambien que con estas palabras de la ley *esse la deue auer*, etc. junto con las anteriores, *pero si alguno* etc. se comprueba la decision de Paulo de Castr. consil. 221. vol. 1., á saber, que si son diferentes condueños y uno solo de ellos se presenta á retraer, podrá hacerlo por el total: es pues indivisible este derecho de retracto, porque comprende en sí el hecho de la tradicion de la cosa que es de la misma naturaleza, l. 72. D. *de verb. oblig.* y lo nota Bart. en la l. 30. D. *de usufr. legat.*: síguese de aquí que solo podrá ejercerse por el total, l. 11. §. últ. y l. 12. D. *de in diem addict.* Adviértase que el que retrae en fuerza de la comunion ó en virtud de consanguineidad debe satisfacer á aquel de quien retrae todos los gastos que hizo en la cosa, véase Alber. hablando del retracto de sangre, en la l. 39. §. 1. D. *de minor.*: ¿y si se protestare para que tales gastos no se hagan? V. Alber. en el lug. cit.— * En España se conocen tres especies de retractos, el de comuneros, del cual se trata en esta ley, el enfitéutico que se halla espuesto en la l. 29. tít. 8. de esta Part., y el retracto llamado de sangre. Este es el derecho que se da á los parientes del vendedor, que lo fueren dentro del cuarto grado, para tomar por el tanto los bienes raices que el vendedor hubiere heredado de un ascendiente comun, l. 1. 3. y 7. tít. 3. lib. 10. Nov. Rec. y l. 230. de Estilo. Si el pariente mas cercano no está en el lugar ó no quiere retraer, pasa el derecho al siguiente en grado, d. d. l. l. 1. y 7. Si dos ó mas parientes que están en igual grado quieren usar de su derecho, todos retraeran la finca de patrimonio ó de abolengo por iguales partes, d. l. 1. Cuando dos ó mas cosas de dicha clase fuesen vendidas por un solo precio, el pariente deberá retraerlas todas ó ninguna: empero, si se estipuló un precio para cada una, el pariente puede retraer las que quiera, l. 5. tít. cit. De aquí se sigue que no tendrá lugar el retracto si una heredad patrimonial ó de abolengo se hubiese vendido juntamente y por un solo precio con otra que no tiene semejante calidad: pues que de lo contrario, ó deberiamos autorizar el retracto parcial en un caso en que la ley no lo permite; ó deberia estenderse á bienes no patrimoniales. Se conceden para retraer nueve dias fatales, esto es, que corren contra los menores y toda suerte de personas, d. l. 1. y l. 2. del mismo tít. Cuéntase este término desde el dia de la venta; y si esta se hizo en almoneda, desde el del remate, d. l. 1. y l. 4. del mismo tít. Dentro del término fatal, el pariente que usa del retracto debe poner á disposicion del comprador el precio desembolsado, junto con el importe de las alcabalas y demás gastos ocasionados por la compra, y debe tambien jurar que quiere la cosa para sí, y que no procede con engaño, d. d. l. l. 1 y 4. Si la venta se hubiese hecho al fiado, bástale al pariente que dentro los nueve dias dé fiadores con los cuales se oblige al pago del precio dentro del plazo que se concedió al comprador, l. 6. tít. cit. Si concurriesen para retraer dos ó mas apoyados en diferente título, será preferido el que se presente en calidad de dueño directo ó superficiario; faltando este, el condueño, y en último lugar será admitido el pariente, l. 8. tít. cit. Hemos dicho al principio que solo se conocian tres especies de retractos, pues que si bien por las leyes 10. y siguientes del citado título de la Nov. Recop. se daba el derecho de tanteo á las alhóndigas, fábricas de jabon, de seda, de paños y otras; estas leyes han sido derogadas por Reales de-

fecha, ante que sean entrados en pleyto (304), de la *(x)* parte. Ca si el pleyto fuesse ya començado en juyzio para partirla, entonce non la podria vender al estraño, fasta que fuesse partida; fueras ende, con otorgamiento de los otros compañeros.

LEY 56. *(y) Del ome que por miedo, o por fuerça compra, o vende alguna cosa, por menos del justo precio.*

Por miedo, o por fuerça comprando, o vendiendo algun ome alguna cosa, non deue valer; ante decimos, que deue ser desfecha (305) la compra, si fuer prouado, que la fuerça, o el miedo fue atal (306), que lo ouo de fazer maguer le pessasse. E como quier que la vendida fuesse fecha por jura, o por peño, o por fiadura, o por pena, que fuesse y puesta, non deue valer. Ca *(z)* despues que la vendida, o la compra, que es el principal, non vale (307), non deuen valer las otras cosas que fuessen puestas por razon della. Otrosi decimos, que se puede desfazer la vendida que fue fecha por menos de la meytad (308) del derecho precio, que pudiera valer en la sazon

(*x*) partir. Acad.

(*y*) Como se puede desfacer la véndida que es fecha por fuerza, ó por miedo, ó en que fue fecho engaño en mas de la meytad del derecho prescio.

(*z*) pues que la compra ó la véndida, que es el principal, Acad.

cretos de 23 de noviembre de 1833, de 10 de diciembre del mismo año y de 29 de enero de 1834.

(304) Es decir, antes de la contestacion del pleito, segun la l. 1. al fin. C. *comm. divid.*, de la cual esta se ha tomado.

(305) Añád. l. 1. C. *de rescind. vend.* y l. 1. 3. y 4. C. *de his quæ vi met. caus. fiunt:* dice *desfecha*, porque el contrato en rigor subsiste, si bien se rescinde por la accion *quod metus causa,* como lo nota la Glos. en d. l. 1.

(306) Es decir, que sea tal que imponga á un hombre de ánimo esforzado; y cual sea este se declara muy bien en la l. 7. tít. últ. Part. 7.

(307) Añád. l. 5. C. *de legib.*, l. 178. D. *de reg. jur.* y l. 27. D. *ad leg. falcid.*: en lo que se dice aquí del juramento, entiéndase despues de pedida la absolucion, como dije al fin del tít. 11. de la Part. 3., y segun Inoc. en el cap. *venerabilem, de elect.* y en el cap. *ad aures, quod met. caus.*, y Paul. de Castr. en la auth. *sacramenta puberum,* C. *si adversa vend.* col 1. al fin.

(308) Añád. l. 2. y 8. C. *de rescind. vend.* y cap. 3. y 6. *de empt. et vend.* y la l. 4. tít. 7. lib. 5. del Orden. Real. [l. 2. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.], la que estiende esta disposicion á los contratos de arrendamiento y de permuta, aunque se verifiquen mediante subasta, y de otra parte limita á cuatro años á contar desde el dia del contrato, el tiempo para pedir la rescision: añád. *Specul.* tít. *de empt. et vend.* §. *nunc dicendum*, col. 4. y tít. *de locat.* §. *nunc aliqua*, vers. 90., donde puede verse si la ley es aplicable al feudo y á la concesion de enfitéusis. Tiene tambien lugar, segun Alber. en la cit. l. 2., en la dacion en pago de deuda, como se ve por la l. 16. C. *de rescind. vend.*, lo que debe entenderse á tenor de la l. 5. tít. 7. lib. 5. del Orden. Real., y v. Bald. en la l. 3. C. *de execut. rei jud.*, col. 1. al fin: tiene tambien lugar en los contratos inominados, Glos. en la l. 21. C. *de locat.*, y en los contratos *stricti juris*, tanto por via de escepcion como por medio de accion, segun Alber., Bald. y Salic. en d. l. 2.: por lo que mira á la transaccion, véase la Glos. en la l. 78. §. últ. D. *ad trebell.* y allí Bart. Sobre el caso en que la lesion recae en la estimacion de la cosa dotal, véase la ley 16. tít. 11. Part. 4. y lo que allí dije. Tendrá tambien lugar si se ha constituido una dote escesiva, segun la Glos. en la l. 9. §. 1. D. *de minor.*, pero en este caso la demanda no debe concebirse alternativamente, sino que deberá pedirse que la dote se reduzca á lo justo, segun Bald. novel. en el trat. *de dote*, fol. 20. col. 1. vers. *et hoc erit quadragessimun secundum privilegium.* ¿Tendrá lugar la rescision si la lesion proviene de la permuta de beneficios? Calderino tít. *de rerum permutatione*, consil. 4. se decide por la afirmativa en el supuesto que fuere la Iglesia la que quedara perjudicada en mas de la mitad de la justa estimacion; pero no sí el perjuicio no pasara de las personas que permutan, aun cuando la lesion fuese enorme. Por lo que mira al caso en que sea un procurador el que vende, véase la Glos. en la l. 7. §. 7. D. *pro emptor.* y lo que nota Abb. en el cap. *cum causam*, *de empt. et vend.* vers. 2. *oppono*, col. 2.

Adviértase que no procede la rescision de que tratamos en el arriendo de contribuciones, segun la l. 143. del Cuaderno de las alcabalas; empero, parece que por esta ley no se quita el remedio de la restitucion, Glos. en la l. 4. C. *de pact.*, y Bald. en la l. 1. C. *si advers. fisc.* Si lo que valia ciento se vendió por diez con el pacto que si por la Pascua inmediata no se pagaban los diez se deberia el justo precio ¿tendrá lugar la recision? Bald. en el cap. 1. *qualiter dominus propiet. feud. privet.* dice que no, porque basta lo que han prevenido los contrayentes. Otra cuestion no menos interesante y

que la fizieron (309). E si el vendedor esto pudiere prouar (310), puede demandar al comprador, quel cumpla (311), sobre aquello que auia dado por ella, tanto quanto la cosa estonce podria va-

análoga á esta propone Odofredo y refiere Alber. en d. l. 2. col. 4. vers. *item quærit.*, es decir, si podrá instar la recision el que vendió por cuatro lo que valia diez, con el pacto que devolviendo los cuatro el vendedor dentro del año, se le devuelva la cosa, y no hizo uso del derecho de la retroventa dentro del término señalado: concluye por la afirmativa, apoyándose en que de la interposicion del pacto no resulta haber renunciado el beneficio de la rescision; así como puede cualquiera hacer uso de un beneficio especial, aunque haya renunciado lo de derecho, l. 1. C. *de legit. hæred.* A primera vista la decision de Baldo y la de Odofredo se hallan en oposicion: empero, fácilmente se advierte que en el caso propuesto por el primero sabia el vendedor que el precio convenido no era el que correspondia á la cosa y sin embargo vendió; al paso que en el que propone Odofredo no consta que el vendedor tuviese semejante conocimiento: ahora, al que es sabedor del precio de lo que vende, no le compete la accion rescisoria, como lo nota Az. en la suma C. *de rescind. vend.*, allí *scienti enim* etc. l. 1. D. *de act. empt.* y regl. 27. *de reg. jur. in* 6. ¿Pero no se presume que todo vendedor sabe cual es el precio de lo que vende, segun la l. 15. C. *de rescind. vend.?* y siendo esto así ¿no quedará escluido en todo caso el remedio de que se trata? Dígase que la disposicion de d. l. se aplica á los casos en que el precio es poco menos de lo justo; pero que si la diferencia es grande se presume la ignorancia, arg. l. 25. D. *de probat.*, y así opina Salic. en d. l. 2. al fin, conforme con Petr, Cin. y Nicolás de Mata: y el error, segun él, debe alegarse en el libelo, si bien no es preciso probarlo. Nótese que no habrá lugar á la rescision si el contrato de venta ha sido confirmado por el juez, l. 1. C. *de præd. decur.* y allí Bart. y Juan de Plat., y el mismo Plat. en la l. 59. C. *de decur.*; lo que debe entenderse en el supuesto que al decreto judicial preceda conocimiento de causa, espresándose así en él, y no siendo aquella falsa, segun la l. 26. §. 7. D. *de fideicomm. libert.* y Dec. consil. 351. col. últ. —*Por la l. 4. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec. los oficiales de cantería y albañilería y otros que toman obras á destajo, ó en almoneda, no pueden pretender la recision del contrato, ni aumento de precio so pretesto de engaño que hayan sufrido en lo que es de su arte.

(309) Añád. l. 8. C. *de rescind. vend.*, cap. 6. *de empt. et vend.*, la Glos. en el cap. *cum dilecti* del mismo tít., el cap. 42. *de testib.* y allí la Glos. y la l. 3. §. 5. D. *de jure fisci* y allí Bart. Pero si por medio de testigos se probase lo que valia la cosa en el año anterior al contrato ¿podrá inferirse de aquí el valor que tenia ella al tiempo de la venta? Baldo, siguiendo á Jacobo de Ravena en d. l. 2. col. pen., dice probarse así presuntivamente; pues que en poco tiempo no cambia el valor de las cosas, mientras no sobrevengan circunstancias estraordinarias, como la declaracion de una guerra, ú otra de esta naturaleza; de ahí es que la decision en este punto penderá del arbitrio del juez. Alber. en el mismo lugar col. 5. quiere absolutamente que la prueba recaiga sobre el tiempo del contrato: sin embargo, con la opinion de Jacobo de Rav. están conformes Cin. en la auth. *sed quamvis*, C. *de rei uxor. act.* y Salic. en d. l. 2. col. antepen.: yo me inclino mas á dejar ese punto al arbitrio del juez.

(310) Véase de que modo se prueba esto en una larga glosa á d. l. 2. C. *de rescind. vend.* al fin, y allí Bart., Bald., Ang. y Salic., y en lo anotado por Juan de Plat. en la l. últ. C. *de præd. et omn. reb. navicular.*, advirtiéndose que no se presume haber sufrido mutacion el valor de la cosa en poco tiempo, v. l. últ. tít. 25. Part. 2. y Bald. en el lug. cit. col. pen. vers. *pone quidem*: y sobre la cuestion que tratan los cit. Doct., á saber, si podrá probarse el valor de la cosa por medio de las escrituras de ventas antiguas, añád Bald. en la l. únic. C. *de sentent. que pro eo quod interest*, col. últ. y Alex. consil. 28 col. 2. vol. 5. Adviértase que el predio cercano á una ciudad se estima en mayor precio, segun el cit. Bald. en la l. 35. C. *de donat.* y la l. 54. D. *de legat.* 2. Adviértase tambien que al hacer la estimacion de la cosa debe atenderse á todas sus calidades, l. 1. §. 16. D. *ad Trebell.* y l. 4. al fin *de donat. caus. mort.*; y Bart. en la cit. l. 1. §. 16. dice, que es preciso atender á si el vendedor estaba cargado de deudas, y á si dió ó no fiador, pues que estas son circunstancias que debieron influir en que encontrara quien le ofreciera por la cosa un precio mas ó menos alto; igualmente, dice deben atenderse las demás circunstancias que pueden influir en el precio: véase tambien lo anotado en el cap. *ad nostram* 5. *de empt. et vend.* Adviértase por fin que los testigos que deponen acerca del valor de la cosa deben dar razon de ciencia, aunque no se les pida, Bald. en la l. últ. C. *de jure domin. impetr.*

(311) Por esta ley se colige la forma de la demanda, la que manifiesta Ang. en d. l. 2. al fin; y véase tambien el *Specul.* tít. *de empt. et vend.* §. *nunc dicendum*, vers. *ubi autem quis in venditione.* Manifiéstanos esta ley que puede simplemente pedirse el suplemento del precio sin hacer mencion de la facultad de volver la cosa, que compete al comprador, añád. l. 7. D. *quod cum eo*, y

ler segund derecho. E si esto non quisiere fazer el comprador, deue desamparar la cosa (312) al vendedor, e recebir del el precio que auia dado por ella. E por menos del derecho precio podria ser fecha la vendida, quando de la cosa que vale diez marauedis, fue fecha por menos de cinco marauedis. Otrosi dezimos, que si el comprador pudiere prouar, que dio por la cosa mas de la mitad del derecho precio, que pudiera valer en aquella sazon que la compro, que puede demandar se desfaga la compra, o que baxe el precio, tanto quanto es aquello que demas dio. E esto seria, como si la cosa que valiesse diez marauedis, que diesse por ella mas de quinze (313). Esto dezi-

Bald. en d. l. 2. col. 9. y téngase esto presente, porque Abb. siguiendo á otros Doct. sostuvo lo contrario en el cap. *cum dilecti, de empt. et vend.*, cuyo testo véase. ¿Y si el primer comprador transmitió la cosa á otro, al cual el vendedor se dirije? v. Bald. en d. l. 2. col. 8., Salic. lug. cit. col. 5. y Alex. consil. 92. vol. 1. col. 3.

(312) Si el comprador prefiere devólver la cosa, ¿deberá tambien restituir los frutos que percibió? parece que no, atendido que tanto esta ley como, la l. 2 C. *de rescind. vend.* hacen únicamente mencion de la cosa: y de otra parte parece que debe lucrar los frutos habiéndolos percibido con título: esta es al parecer la opinion de Bald. en d. l. 2. cuest. 1, así como la de Fab. de Monte en su trat. *de empt. et vend.* 8. cuest. princip. col. pen. vers. 8. al fin: Alber. suscita la misma cuestion en d. l. 2. col. 4., pero no la decide sino que remite al lector á Rofredo, tít. *de actione quanti minoris*, vers. *item quœritur, utrum debeat restitui fundus cum fructibus.* Sin embargo, como el espíritu de esta ley sea restablecer la igualdad donde tanta lesion y engaño se encuentran, parece que deberán restituirse los frutos á prorata de lo que faltaba al justo precio; y si el comprador elije suplir lo que falta para dicho justo precio, deberá hacerlo junto con los intereses de este mismo suplemento, arg. l. 2. C. *de usur.*, l. 5. C. *de act. empt.*, l. 13. §. 19 y 20. D. tít. cit. y l. 1. §. últ. y l. 60. D. *de œdil. edict.*, junto con lo anotado en estas leyes; lo que debe tenerse presente en la práctica: corrobora lo dicho el que cuando la cosa se restituye en virtud de esta ley, se restablece todo á su primitivo estado, á semejanza de lo que se practica en la restitucion de los menores, segun la l. 24. §. 4. vers. *restitutio*, D. *de minor.* Cuando esto se hallaba escrito ya hube á la mano la suma de Rofredo Benaventano, citada por Alber., la que en sustancia dice lo mismo, á saber, que si el comprador se decide por la restitucion del predio, debe efectuarla junto con los frutos, devolviéndosele el precio con los intereses legales ó de costumbre, arg. l. 19. D. *de usur.* y l. pen. D. *de verb. signif.*; y fúndase Rofred. en que la palabra restituir comprende en su significacion lata los frutos, las accesiones etc., arg. l. 5. C. de act. empt., la cit. l. 13. §. 19. tít. cit. y l. 65. D. *de rei vindic.* Hallé tambien despues, que Cœpola en su trat. *de simulatione contractuum*, en el primer caso principal, col. últ., establecia que ni por derecho civil ni por el canónico debian restituirse los frutos en el caso de que tratamos, ya porque no lo habia visto prevenido por ninguna ley, ya porque, disponiendo simplemente la cit. l. 2. que está en la mano del comprador el rescindir el contrato, ó suplir lo que falta al justo precio, parece que no fué su intencion precisar á la restitucion de frutos; pues que subsistiendo, segun esto, la venta *ipso jure*, el comprador percibió los frutos de cosa propia: añade que hace al caso lo que notan Bald. en el cap. 1. *de feud. dat. in vic. leg. comm.* y Ant. en el cap. *ad nostram, de empt. et vend.*, allí *sed veniente tempore*: sin embargo, dice, la restitucion de frutos podrá proceder en el foro interno. A pesar de las razones de Cœpol., admitase esta restitucion tanto en el foro externo como en el interno; pues que tiene á favor suyo la equidad, la autoridad de Rofredo y de Alber., así como la de Salic. en la cit. l. 2. n. 5., y se apoya tambien en l. 3. C. *comm. utr. judic.*; al paso que las razones de Cœpol. carecen de fuerza. De lo dicho se infiere tambien, que si el comprador hipotecó la cosa cuando la tenia en su poder, deberá la indemnizacion por este gravámen, caso que no lo quitara; pues que la hipoteca subsiste á pesar de la resicion, como latamente lo manifiesta Alber. en d. l. 2. col. 4. vers. *item quœro*, siguiendo á Tomás de Piperata, y Bart. en la l. 3. D. *quib. mod. pig. vel hip. solvit.*; sobre lo cual véase Bald. en d. l. 2. col. 7. vers. *juxta hoc quœritur* y Juan Andr. en los adic. al *Specul.* en la rubr. *de obligatione et solutione*, col. 2., y véase la l. últ. de este tít., á tenor de la cual la hipoteca no subsiste. Adviértase tambien que si el comprador obró con mala fe, induciendo al vendedor á que le diera la cosa por menos del justo precio, entónces estará precisamente obligado á la devolucion de la cosa misma, segun la l. pen. C. *si vendit. pign. agat.* junto con la Glos. y Paulo de Castr. en d. l. 2. princ.

(313) Esta fué la opinion de Az. en la suma C. *de rescind. vend.*, de la Glos. é Inoc. en el cap. *cum causam, de empt. et vend.* y de la Glos. en d. l. 2.; opinion contraria á la de R. y Cin. en d. l. 2.: véase lo que dije en la l. 16. tít. 11. Part. 4. —* Lo mismo y en iguales términos establece la l. 2. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.

(314) Aprueba la opinion de Az. en la suma

mos que puede fazer, e demandar el vendedor, o el comprador, non seyendo la cosa que se vendio, perdida, nin muerta (314), nin mucho empeorada: ca si alguna destas cosas le acaesciesse, non podria despues fazer tal demanda. Otrosi dezimos; que si el comprador, o el vendedor, jurare, quando fiziere la compra, ó la vendida, que maguer la cosa valiesse mas (315), o menos, que nunca pudiesse demandar, que fuesse desatada la vendida; si fuere mayor de catorze años (316) el que vendio, quando la jura fizo, deue ser guardada la jura: e non se puede des-

C. *de rescind. vend.* y de la Glos. en d. l. 2., desechando la de **Guido y Bart. Brixien.** quienes sostuvieron que el daño pesa sobre el comprador, dado que la venta fué perfecta; y de consiguiente que el vendedor puede aun pedir lo que falta al justo precio: lo mismo opinaba Alber. en d. l. 2. col. 3. diciendo que esta era la opinion mas acertada y justa: sin embargo, la opinion de Az., la que aquí se aprueba, es la mas comun, segun Salic. en d. l. 2. cuest. 14 y 19. Adviértase que la Glos. y los Doct. hablan del caso en que el vendedor resulte perjudicado; al paso que esta ley de Part. comprende tambien aquel en que la lesion recaesobre el comprador; en el cual la duda es mayor, porque al vendedor le queda no solo el justo precio si que tambien el esceso, es decir, que á mas de no sentir daño resultaria haber lucrado en virtud de la estincion de la cosa; es de consiguiente justo que viniendo este caso, restituya cuando menos dicho esceso; al paso que, cuando el comprador [el vendedor, querrá decir] ha esperimentado la lesion, entrambos contrayentes salen perjudicados pereciendo la cosa. Téngase pues muy presente esta ley de Part. en cuanto dispone lo mismo respecto del comprador que del vendedor.

(315) ¿Qué diremos si no jurase en estos términos, y si simplemente, que no intentará accion alguna en oposicion al contrato, podrá pedir la rescision en fuerza de esta ley y de la l. 2. C. *de rescind. vend?* V. Bald. en la l. 8. §. 4. D. *de condit. instit.*, el cual apoyado en ese testo dice, que no puede pedir alternativamente que se le supla lo que falta al justo precio ó que se rescinda la venta: sin embargo parece, segun Paul. de Castr. en la l. cit., que á pesar del juramento habrá lugar á la accion para conseguir á lo menos lo que falta al justo precio, en virtud del cit. §. 4., segun el cual aunque se anule la condicion de jurar, queda sin embargo en pié la otra: lo que debe tenerse muy presente.

(316) A fin de que el juramanto surta efecto respecto del mayor de 14 años, quiere esta ley que jure esplícitamente, que aunque la cosa valiese mas ó menos no contravendrá á lo estipulado: no bastará pues el juramento concebido en términos generales: y con esto se aprueba aquí la opinion de la Glos. en el cap. *cum causam* al fin *de empt. et vend.* y en d. l. 2.; véase lo que dije en la l. 16. tít. 11. Part. 3. Limítese esta ley al caso que la lesion no esceda en mucho á la mitad del justo precio; pues que siendo enorme, como si lo que valia quince se dió por cuatro ó cinco, no obstará el juramento, atendido que hay dolo por el mismo hecho, l. 36. D. *de verb. oblig.* l. 17. §. 1. D. *quæ in fraud. credit.* y lo nota Abb. en d. cap. *cum causam* al fin y en el cap. *contingat, de jurejur.* col. 19. vers. *nonus casus*; lo que procede, aunque sea mayor de edad el vendedor, como lo declara muy bien Felipe Corneo, consil. 214. vol. 3. col. pen.; véase sobre lo mismo Dec. consil. 180, 344 y 403., lo que dije en la l. 59. tít. 18. Part. 3. y Pedro de Anchar. en la repet. al cap. *canonum statuta, de const.* fol. 12. Adviértase tambien, que puede renunciarse la accion que dimana de esta ley, segun Bald. en d. l. 2. col. 5. y allí otros Doct., donde establece que al menor, á la mujer y al labrador debe enterárseles de este beneficio: adviértase además que la renuncia del comprador no supone la del vendedor, Bald. en el cap. 1. *qualiter dominus propiet. feud. privet.*; y por fin que segun los cit. Doct. es de poco valor aquella cláusula que suelen continuar los escribanos, á saber, que si la cosa vale mas, el vendedor hace donacion del esceso al comprador por razon de los méritos y servicios: sin embargo, segun Ang. en d. lug. col. pen. vers. *sed adverte*, puede dicha cláusula surtir algun efecto: ocúpase largamente de la misma Cæpola en su *trat. de simulatione contractuum*, presuncion 7. — * En la l. 1. C. *si advers. vend.* se dice, que si un menor ha vendido un predio y promete bajo juramento que no moverá cuestion acerca la subsistencia del acto, no se dé lugar á recision. Esta ley fué objeto de la mas animada controversia entre los primeros glosadores de la escuela de Bolonia. Búlgaro sostenia que se trataba en ella de un acto válido de suyo, y que el menor habia renunciado á la restitucion mediante el juramento. Martino al contrario pretendia, que en virtud de dicha ley el juramento daba valor á un acto nulo de derecho. Semejante cuestion fué resuelta conforme á la opinion del segundo, á instancia del mismo, por la constitucion de Federico, que es la auth. *sacramenta puberum* del tít. cit.: *set hæ discutiones*, dice Rofredo en la l. cit., *hodie tolluntur, et hoc fecit dus. Martinus et G. Gorsa ejus filius, qui cum essent curiales, et multum familiares imperatori, tantum per se et cum amicis fecerunt, quod ad eorum postulationem hanc constitutionem fecit, cujus occasione sæpe vidimus et*

atar entonce la compra, nin la vendida, por tal razon. Mas si fuesse menor de catorze años, non valdria la jura, e desatarse y a la compra, o la vendida, tambien como si non ouiesse jurado.

LEY 57. *Como la vendida que es fecha engañosamente, se deue deshazer.*

Heredad, o casa, o viña, o otra cosa qualquier auiendo algun ome, en algun lugar do el non estouiesse, nin sopiesse quanto se valia, nin la ouiesse nunca visto; e non auiendo voluntad de la vender, si otro alguno le mouiesse razones engañosas, de manera que gela ouiesse de vender; dezimos, que tal vendida como esta se puede desfazer (317), e non vale (318); quier sea fecha por menos de lo que vale, quier non. Mas si este, cuya fuesse la cosa, ouiesse voluntad de la vender, e el comprador le fiziesse engaño, encubriendol alguna cosa de las quel pertenescen a la heredad, o a la cosa que vendia; ó faziendol creer engañosamente, que maguer algunas cosas pertenesciessen a la heredad, dixesse que estauan en poder de alguno, que estauan malas de cobrar, e que eran perdidas; estonce dezimos que vale la vendida, porque el vendedor ouo voluntad de lo fazer. Pero el comprador es tenudo (319), de emendarle aquel engaño que fizo; de manera, que aya el precio derecho que podria valer aquella cosa que le vendio, con las sus pertenencias que fueron engañosamente encubiertas.

LEY 58. *Como se puede desfazer la vendida, si el comprador non guarda el pleyto que puso sobre ella.*

Mueuense los omes a las vegadas, a vender sus cosas, por pleyto que les fazen ante en las vendidas, o por cosa que les prometen; de manera que si esto non les prometiessen, de otra guisa non las querrian vender. E porende dezimos, que quando alguno vendiesse su cosa sobre tal pleyto, que conuiene en todas guisas, que el pleyto sea guardado: ca si non lo guardassen en la manera que fue puesto, desfazerse y a porende la vendida. Mas si la vendida fuesse fecha de otra guisa, que la non fiziessen señaladamente por razon de los pleytos, mas auiniendose el comprador, e el vendedor en la vendida; e de si, fiziessen pleytos despues en razon della, entonce valdria, e non se puede desatar, maguer los pleytos non fuessen guardados (320). Pero aquel que fizo la postura, tenudo es de la cumplir, e de emendar

videmus suis rebus spoliari minores, sicut et hæredes iposorum spoliati fuerunt, ut audivi a domino meo etc. Este juicio que Rofredo forma de la constitucion de Federico es por desgracia acertado. El menor jura con la misma facilidad que contrata; y he aquí abiento por la ley el camino por donde se llega á inutilizar la prevision de la ley misma, respecto de la edad falta de prudencia.

(317) Es decir, de hecho, pues que de derecho es nula cuando el dolo indujo á contratar, l. 7. princ. D. *de dolo* y l. 5. C. *de rescind. vend.*

(318) Conforme á la l. 7. princ. D. *de dolo*, donde puede verse una glosa escelente: añádase que lo mismo tendrá lugar si el dolo es causa de la disolucion de un contrato; v. Bald. en la l. 7. C. *de in integr. restit. minor.* y l. 3. C. *de except.*: empero, si el dolo no indujo á contratar, pero si influyó en las condiciones, el contrato no será nulo de derecho, como lo notá Bald. en la l. 3. C. *si minor se maj. dixer.*, fundado en el mismo testo. Adviértase que el que resultó engañado puede dar por subsistente el contrato, segun la Glos. en d. l. 5. C. *de rescind. vend.* y en d. l. 7. D. de dolo; v. Juan de Plat. en la l. últ. C. *de fund. rei. privat.* y Bald. en la l. 3. C. *de peric. et comm. rei. vend.* Sobre el dolo que es causa de la constitucion de dote, véase Bald. novel. en el trat. *de dote* chart. 37. col. 3. Sobre el dolo que ocasiona el matrimonio espiritual, v. cap. últ. 20, q. 3.; y en la Glos. al cit. cap. puede verse el caso en que el dolo produce el matrimonio carnal: sobre el dolo que es causa de la transaccion, véase la l. 19. C. *de transact.* y allí Bald. col. 2.

(319) Añád. l. 13. §. 4 y 6. *de act. empt.* y l. 9. D. *de dolo.*

(320) —* En el derecho romano las dos acciones que dimanan de un contrato bilateral se consideran hasta cierto punto independientes; de suerte que ni la mora, ni cualquier otra falta de cumplimiento de parte de uno de los contrayentes, autorizaba al otro para pedir la recision del contrato; *non ex eo quod emptor non satis conventioni fecit contractus irritus constituitur,* dicen Diocleciano y Maximiano en la l. 14. C. *de rescind. vend.*: las mismas acciones quedaban, solo que venia á parar á la reparacion de perjuicios, la que recaia pasivamente en el contrayente que habia faltado al contrato. Los inominados constituyen al parecer una escepcion de la regla; pero si bien se considera esta escepcion era consecuencia de los mismos principios, atendido que de dichos contratos no nace accion para aquellá de las partes, que aun no ha cumplido con lo que prometió, l. 1. §. 3 y 4.

al otro los daños, el s menoscabos quel vinieron, por razon que non guardo el pleyto, que fue puesto en la vendida.

LEY 59. *Del ome que encubiertamente, e con engaño, compra las cosas a algund ome que era pechero, por fazer perder al Rey sus derechos.*

Encubiertamente, e con engaño, vendiendo sus cosas algund ome, que era pechero, o debdor del Rey, por fazerle perder sus pechos, ó sus rentas, o su debda que le ouiesse a dar, la vendida que fue assi fecha non deue valer (321), mas deue ser desfecha en todas guisas. E si el comprador sabe este engaño, e fizo la compra a sabiendas, es tenudo de pechar al Rey, de lo suyo, tanto como aquello por que auia comprado atales cosas, como sobredichas son.

D. *de rer. permut.*, l. 5. C. tít. cit. y l. 5. §. 1. D, *præscrip. verb.* El Fuero Juzgo ostenta en esta materia toda la sencillez germánica : si el comprador, dice, ya sea por enfermedad, sea por otro accidente, no puede acudir en persona al punto designado para la ejecucion del contrato, enviará un encargado que entregue el precio á la época prefijada; y si no lo mandare, se le devolverán las arras, y el contrato quedará sin efecto, l. 4. tít. 4. lib. 5. : empero, si parte del precio se pagó al contado, no podrá anularse el contrato por la sola circunstancia de haberse retardado el pago de la restante, sino que se cargarán al comprador los intereses de la misma, l. 5. tít. cit. A primera vista nada mas equitativo que estas disposiciones del código Visigodo, y se dirá tal vez que pertenecen á la clase de aquellas inspiraciones que alumbran á la humanidad en su infancia. Nada mas justo ciertamente, si en todo caso la falta de cumplimiento proviniese de dolo del contrayente; empero hay varios en que es hija de un accidente de difícil prueba, ó de un leve descuido, y de consiguiente no hay razon para hacerle sentir los perjuicios de la recision del contrato, cuando él se ofrece á indemnizar al otro. Esto no obstante nuestro código de comercio ha adoptado en parte los principios del Fuero Juzgo, disponiendo (art. 363) que si el vendedor no entregare los efectos vendidos, al plazo que convino con el comprador, pueda este pedir la recision del contrato, ó exigir la reparacion de los perjuicios que se le sigan por la tardanza, aunque ella proceda de accidentes improvistos; cuyo artículo es traduccion literal del 1610 del código Napoleon, con la diferencia notable que este se concreta al caso en que la demora proviene de hecho del vendedor, limitacion de la cual pende la justicia de la recision del contrato. Nuestra ley de Partida, se ha guiado tambien en esta materia por el espíritu de la legislacion romana, autorizando la disolucion del contrato por falta de cumplimiento, en el único caso que esta falta recayese sobre condiciones ó pactos, sin los cuales absolutamente no se hubiera contratado. La dificultad estará en juzgar acerca de la intencion de las partes contratantes, y en hacer la prueba de esta intencion cuando sobre el particular no hubiere cláusula espresa en la escritura. Esta prueba deberá hacerse por el que pretenda la disolucion del contrato, pues que hallándose concebida la ley en forma de escepcion, es claro que la presuncion está por la no existencia de tales condiciones.

(321) Concuerda con la l. pen. C. *de rescind. vend.*, en cuya ley dice Alber. que ella precave los fraudes que tienen por objeto el evitar las cargas públicas, fraudes que son comunes entre los labradores, quienes á cada paso figuran rentas de sus bienes á favor de sus señores, segun Odofr. : dice tambien Franc. Acurs. que tratando de salir de Bolonia para enseñar en otra parte, lo que se le habia prohibido so pena de confiscacion de todos los bienes, los vendió á un amigo suyo; y sin embargo le fueron confiscados; empero habiendo vuelto á Bolonia se le restituyeron. Ang. en la misma ley advierte que ella es tambien aplicable á los que venden sus tierras y se van á otra parte despues de una declaracion de guerra, á consecuencia de la cual se ha echado alguna derrama; entónces, dice, el fisco podrá dirijirse á los poseedores de las cosas vendidas : la aplica tambien á los labradores que por hallarse mas cargados de tributos que los habitantes de la ciudad, venden sus tierras á alguno de estos, añád. l. 34. D. *ad municip.* y l. 15. §. 2. del mismo tít., la que hace bastante al caso : sobre los que toman órden sagrada ó el hábito religioso para evitar las cargas públicas v. Bart. en la l. 5. §. últ. D. *de jur. inmunit.* y l. 1. C. *ut nemo ad suum patroc. vic. vel rustic. eor.* y allí Juan de Plat., donde puede verse la cuest. sobre los contratos hechos en fraude de las cargas públicas, así como las penas establecidas contra los escribanos que las autorizan, añád. l. 26. C. *de decur.* y allí Juan de Plat. Bart. y el mismo Plat. en la l. 1. C. *de navib. non excus.* y la l. 6. tít. 9. lib. 5. del Ord. Real., en la que se trata de la donacion hecha por el padre al hijo clérigo, y la Glos. y allí Juan de Plat. en la l. 4. C. *de his qui num. liber.* : por lo que mira á las compras que hacen los padres en nombre de los hijos espúreos, véase la l. 1. C. *de natur. liber.* y en ella Bald., donde puede verse tambien que la confesion de precio recibido no basta, sino que mas bien arguye ser la venta supuesta. Acerca el modo de inducir se-

LEY 60. *Como se puede desfazer la vendida que fizo el sieruo en los bienes del señor.*

Establesciendo vn ome a otro por su personero en todas sus cosas; entre tanto que este atal fincasse en la personeria, le establesciesse el otro por su heredero, non lo sabiendo el; si acaesciesse, que muriesse aquel que lo auia establescido por su personero, e por su heredero, e algund su sieruo vendiesse de los bienes del finado alguna cosa a otro; tal vendida como esta non valdria, e poderla y a desfazer el heredero, quando quier que lo sopiesse, ante que la cosa fuesse passada (322) a poder del comprador. E esto se puede fazer, maguer el mismo se ouiesse acertado en la compra, e lo ouiessen llamado por testigo; e aunque ouiesse escriuido su nombre (323) en la carta de la compra. E esto es, porque non era sabidor, que era establescido por heredero: ca si lo sopiesse, non consentiera que la vendida fuesse fecha. Pero si este sieruo sobredicho tenia tal lugar en vida de su señor, que acostumbraba algunas cosas a vender por el; como quier que el heredero pueda desfazer la vendida, por la razon sobredicha, con todo esso, tenudo es de emendar al comprador los daños, e los menoscabos, quel vinieron por razon de aquella compra, de los bienes que el sieruo traya en pegujar, si los ouiere.

LEY 61. *De los omes que se arrepienten para desfazer las vendidas; que non se pueden desfazer, maguer ganassen carta del Rey para desfazerlas.*

Arrepientense a las vegadas, para desfazer la vendida, los omes, despues que han vendidas sus cosas: e van a pedir merced a los Reyes, que les manden dar sus cartas para que las puedan desfazer. E porende dezimos, que tales cartas non les deuen dar; e si las dieren, non deuen valer (324). Ca non seria cosa guisada, que pues la vendida fue fecha derechamente, e con plazer del vendedor, e del comprador, que pueda ser desfecha por premia, é a miedo, del vno dellos. Otrosi dezimos, que maguer el vendedor se quisiesse arrepentir, despues que la vendida fuesse fecha, diziendo al comprador, quel daria el precio doblado (325), e quel desamparasse la cosa, que aun por tal razon non podria desfazer la vendida, nin seria tenudo el comprador de lo fazer, si non quisiesse.

LEY 62. *De los que quieren desatar la vendida que ouieren fecho de su grado, maguer digan que la fizieron con cuyta.*

Desatar queriendo alguno la vendida que ouiesse fecho de su grado, diziendo que la vendiera con gran cuyta (326), en que estaua, de fambre, o por muchos pechos que auia a dar por razon de aquella cosa que vendio, o por otra cosa semejante destas; dezimos, que esto non abonda, para desfazer la vendida. Otrosi dezimos, que si alguno quisiere desfazer la vendida, diziendo que la fiziera (327) por menos de lo que valia; *(a)* por tal razon non la podria desfazer. Fueras ende, si la vendida fuesse fecha por menos de la meytad del derecho precio, segun es sobredicho en las leyes deste Titulo; o si pudiere prouar, que la vendida fue fecha por engaño que le fizo el comprador a sabiendas, non seyendo el ven-

(*a*) porque non era sabidor quando la vendió que tanto valie, que por tal razon Acad.

mejantes fraudes véase Bal. en la l. 1 C. *si quis omis. caus. testam.* col. últ., en la auth. *ex testamento*, C. *de colat.* col. 3., en la l. 9. C. *de bon. damnat.*, en la l. 30. D. *de legib.*, en la l. 2. C. *de repud hæred.* y en la l. 1. C. *qui bon. ceder. poss. col. 4.* —* Véase la nota 7 al fin, tít. 4. de esta Partida.

(322) Sobrentiéndase *particularmente*, pues que lo mismo tendríamos si viniese en conocimiento de ser establecido heredero despues de verificada la tradicion: en efecto, la firma que estriba en un error no perjudicará, aunque se haya consumado la venta, segun la razon general que mas abajo da la ley, cuando dice, *Esto es porque non era sabidor*, etc. y asi lo declara Alber., siguiendo á Jacobo Aret. y á Franc. Acurs. en la l. 8. D. *de rescind. vend.*, de la cual esta se ha sacado.

(323) Empero si hubiese firmado en el contrato, no como mero testigo, y de otra parte sin haber sido inducido á error, le perjudicará el acto, segun Bart. en la l. 33. al fin D. *solut. matrim.* y Paul. de Castr. en la l. 39. D. *de pignor. act.*, sin embargo de que se sigue de ahí la pérdida del dominio, l. 34. §. 2. D. *de legat.* 2. y allí Bald. y Paul. de Castr., véase tambien la l. 1. §. 15. D. *quib. mod. pign. vel hipot. solvit.* y l. 26. §. 1. D. *de pignor.* y allí la Glos.

(324) Concuerda con las l. l. 3. y 7. C. *de rescind. vend.*

(325) Añád. l. 6. C. *de rescind. vend.*

(326) Añád. l. 12. C. *de rescind. vend.*

(327) Añád. l. 15. C. *de rescind. vend.*

(328) En la l. 57. de este tít.

(329) Añád. l. 1. §. 1. D. *de act. empt.*: escep-

dedor sabidor de quanto valia la cosa, nin auiendo nunca vistola, assi como de suso diximos (328).

LEY 63. *De la casa, o torre, que deue seruidumbre, o que fuere tributaria, vendiendo un ome a otro, si la encubre el vendedor, se puede desfazer la vendida.*

Casa, o torre, que deue seruidumbre (329) a otro, o que fuesse tributaria (330), vendiendo vn ome a otro, callando el vendedor (331), e non le apercibiendo dello a aquel que la compra; por tal razon como esta puede el comprador desfazer (332) la vendida: e es tenudo el vendedor, de tornarle el precio, con los daños, e menoscabos (333) que le viniessen por esta razon. Otrosi dezimos, que si vendiesse vn ome a otro algund campo, o prado, que sopiesse que criaua malas yeruas (334), e dañosas para las bestias que las paciessen, e quando lo vendiesse se callase, que lo non quisiesse dezir al comprador; que es tenudo porende el vendedor, de tornarle el precio al comprador, con todos los daños quel vinieren porende. Mas si esto non sopiesse el vendedor quando la vendio, non seria tenudo de tornar mas del precio tan solamente.

LEY 64. *De la tacha, o maldad que ouiesse el sieruo, que vn ome vendiesse a otro.*

Tacha, o maldad auiendo el sieruo, que vn ome vendiesse a otro, assi como si fuesse ladron (335), o ouiesse por costumbre de fuyrse a su señor, o otra maldad semejante destas: si el

fuese el caso en que la servidumbre estuviese á la vista, como si alguna viga del edificio vecino descansara en la casa vendida: entónces el vendedor no responde de la servidumbre aunque prometiera entregar la posesion vacua, l. 43. §. 1. D. *de contrah. empt.*, l. 48. §. 3. D. *de ædil. edict.* y lo sienta Alber. siguiendo á Din. en la cit. l. 1. §. 1., donde trata estensamente esta cuestion.

(330) Añád. l. 21. §. 1. D. *de act. empt.* y l. 9. C. tít. cit.

(331) Habla del caso en que el vendedor tuvo conocimiento de la servidumbre ó tributo: ¿que será si lo ignoraba? la glosa 4. de la l. 13. princ. D. *de act. empt.* dice, que por punto general quedará tambien obligado escepto en dos casos; á saber: 1.º si se hubiese vendido un esclavo ladron, pues que el comprador debia inferir esta circunstancia de la mera calidad de esclavo: sin embargo, véase sobre de esto la ley siguiente: 2.º, si se hubiese vendido un predio tributario; pues que de ser provincial el predio, debia el comprador inferir el gravámen de tributo, arg. Glos. en la l. 3. C. *sine censu, vel reliquis*: y el principio sentado por la Glos. parece ser adoptado por la generalidad de los D.D. en la l. 9. C. *de act. empt.* Esto por lo que mira al derecho comun: en cuanto á nuestra ley de Part., parece que tambien estará tenido el vendedor que ignora la carga de la cosa, dado que á él es aplicable la palabra *callando*; pero no deberá esceptuarse el caso del predio tributario, ya porque no hace allá distincion entre la servidumbre y el tributo, ya porque la razon en que se fundan la Glos. y los D.D. por lo que mira al predio provincial, no milita en nuestro reino, donde los predios no son tributarios. Habrá sin embargo una diferencia entre el vendedor que calla á sabiendas la carga que afecta á la cosa, y el que la ignoraba: el primero es responsable de todos los daños é intereses; al paso que el segundo responde tan solo del menor valor que tiene la cosa á consecuencia de dicha carga; y esta fué la opinion de algunos, citados por la Glos. en d. l. 9. C. *de act. empt.*: la accion *quanti minoris* que es la que se da en el segundo caso puede llegar á producir la recision del contrato; á saber, cuando la carga quita á la cosa todo su valor, ó que el conocimiento de su existencia hubiera impedido la celebracion del contrato: porque no hay duda que vale menos lo que nada vale, l. 7. §. 2. vers. *minus* D. *de tributor.*, y lo decide Salic. en d. l. 9.

(332) Nótese esto, porque segun derecho comun parece que la accion del comprador estaba limitada á la indemnizacion, segun la l. 1. §. 1. y la l. 13. §. 6. D. *de act. empt.* y la l. 61. D. *de ædil. edict.*: podrá pues el comprador, segun esta ley, elegir entre demandar la indemnizacion, dejando en pié el contrato á tenor de lo establecido en los citados testos; ó devolver la cosa, conforme aquí se espresa: véase lo que digo al fin de la glos. anter.

(333) Procede esto cuando el vendedor tuvo noticia de la carga; pero no cuando la ignoraba, como advertí en la nota 329; á no ser que fuese crasa la ignorancia, pues que entónces se presume que tuvo conocimiento de la existencia de dicha carga, segun la Glos. en d. l. 9. en la 2. solucion de la glos., y así la sienta Salic. en d. lug.: que el vendedor de buena fé, está tenido tan solamente á la devolucion de la parte correspondiente del precio, se halla espreso al fin de esta misma ley.

(334) Añád. l. pen. C. *de ædil. act.*, l. 19. §. 1. D. *locat.*, l. 14. tít. 8. de esta Part. y l. 49. D. *de ædil. edict.*

(335) Repruébase pues aquí la opinion de la

vendedor sabia esto (336), e non lo dixesse al comprador, tenudo es de recebir el sieruo (337), e deue al comprador tornar el precio, con todos los daños, e los menoscabos que le vinieron ende. E si lo non sabia, deue fincar el sieruo al comprador. Pero es tenudo el vendedor, de tornarle tanta parte del precio, quanto fuere fallado en verdad, que valia menos (338) por razon de aquella tacha. Esso mismo dezimos que seria, si el sieruo ouiesse alguna enfermedad (339) mala encubierta.

LEY 65. *Que la vendida de cauallo, o mulo, o otra bestia, que vn ome vendiesse a otro, se puede desfazer, si el vendedor encubre la tacha, o la maldad del.*

Cauallo (340), o mulo, o otra bestia vendien-

Glos. de la que hemos hecho mérito al principio de la nota 329.

(336) Añád. l. 1. y l. 13. princ. D. *de ædil. edict.* y l. 1. C. *de dil. act.*

(337) ¿Porqué se da la accion *redhibitoria*, siendo así que ella no compete por causa de vicios ó defectos del ánimo, segun la l. 4. §. 4. D. *de dil. edict.*? Contéstese con Bald. en la l. C. *de dil. act* col. 4. que en este caso, á causa del dolo del vendedor, todas las acciones degeneran; así que restituyéndole la cosa pueda reconvenírsele para que devuelva el precio y satisfaga los perjuicios; y añádase la especie de la l. 43. princ. D. *de dil. edict.*

(338) La l. 13. princ. D. *de act. empt.*, de la cual se tomó la de Partidas, dice *quanto minoris essem empturus*, y allí las glosas 1. y 4. indican algunas diferencias entre la accion *quanti minoris* civil y la pretoria: una de ellas es, que la civil tiende á conseguir la diferencia que va de lo que dimos por la cosa á lo que hubiéramos ofrecido; al paso que en la pretoria viene la diferencia entre el precio estipulado y el valor que realmente tenia la cosa; y allí Paul. de Castr. y Bart. indican el efecto que de esto resulta, es decir, que en la civil se estima el precio respecto de la persona del comprador, y en la pretoria se atiende el precio comun, en lo que está conforme Bald. en la l. 2. C. *de rescind. vend.* col. 4.: otra diferencia hay, segun la Glos. y los D.D. en d. l. 13., á saber, que la civil es perpetua, al paso que la pretoria no dura mas que un año. Empero, Petr. y Cin. en la l. 2. C. *de ædil. act.* dicen, que no se halla otra accion *quanti minoris* fuera de la pretoria; y lo prueban por el contesto de la l. 2. cit., en la que dice el Emperador, que no ve con que derecho podria instituirse pasado el año la accion contra el vendedor: en efecto, si la accion *quanti minoris* es temporal, con mayoría de razon debe serlo la que se dirija á conseguir la diferencia que va del precio estipulado al que el comprador hubiera ofrecido; porque con mas facilidad y dentro menor tiempo desaparecen los derechos especiales ó singulares, que los comunes, l. 35. princ. vers. *sed cum rescissa* D. *de oblig. et act.* y l. 34. §. 1. D. *de testam. milit.*: además, segun Petr., lo mismo es decir *cuanto menos vale la cosa, que por tanto menos la hubiera comprado*: porque la estimacion individual solo es atendible en cuanto se halla conforme con la estimacion comun. A pesar de que generalmente los D. D. suscriben á la opinion de la Glos. en d. l. 13. *de act. empt.* y en la cit. l. 2. C. *de rescind. vend.*; esta ley de Part. parece inclinarse á favor de la decision de Petr. y Cin., y hace tambien al caso la l. sig. prefijando el término de un año para el ejercicio de dicha accion.

(339) Añád. l. sig.

(340) Tiene tambien lugar en el esclavo, l. 1. princ. D. *de ædil. edict.*, y no lo repite aquí, porque ya queda espresado en la l. anter., si bien se estiende á los vicios ó defectos del ánimo; al paso que esta ley se concreta á los del cuerpo, respecto de los cuales la disposicion es tambien aplicable al esclavo. ¿Se dará tambien la misma accion cuando se trate de libro viciado ó defectuoso? Así lo opina Azon en la suma. C. *de ædil. act.*, así como la Glos. en la l. 1. D. *de ædil. edict.* y Bald. en la l. 4. C. tít. cit.; pero no tendrá lugar en las cosas incorporales, l. 33. D. *de ædil. edict.* y Bald. en el lug. cit.

—* Entre la disposicion de esta ley y la anterior hay falta absoluta de analogía, lo que pudo provenir de haberse comprendido mal el edicto de los ediles por los copiladores de las Partidas, considerando tal vez independientemente dicho edicto y las decisiones de los jurisconsultos Ulpiano, Paulo y otros que lo esplican. En efecto, segun estos, las disposiciones relativas á la venta de esclavos son aplicables á la de caballerias y de toda suerte de ganado, l. 38. D. *de ædil. edict.*, y á la verdad no habia razon de diferencia. Además, distinguiase entre defectos y defectos: los que hacian inútil la cosa daban lugar efectivamente á la accion *redhibitoria* y á la *quanti minoris*; y los demás, á la última tan solo, d. l. y l. 1. §. 8. tít. cit.: por fin al vendedor no le escusaba nunca la circunstancia de ignorar el defecto de la cosa vendida, todo el tít. cit. Estos principios, al paso que sencillos y fundados en la naturaleza del contrato, no presentaban en su aplicacion las dificultades que ofreceria esta ley de Partidas, particularmente por lo que mi-

do vn ome a otro, que ouiesse alguna mala enfermedad (341), o tacha (342), por que valiesse menos; si lo sabe el vendedor (343), quando la vende, deuelo dezir; e si lo non dize, luego que el comprador la entendiere aquella enfermedad, o tacha, fasta seys meses (344) puedela tornar (345) al vendedor, e cobrar el precio que dio por ella: e el vendedor es tenudo de lo recebir, e tornar el precio (346) al comprador, maguer non quiera. E si fasta los seys meses non demandare el comprador el precio, despues non lo puede demandar, e fincaria la vendida valedera; como quier que fasta vn año (347) puede el comprador fazer demanda, a aquel que le vendio la bestia, que le peche, o le torne tanta parte del precio, quanto fallassen en verdad (348), que valia menos por razon de la tacha, o de la enfermedad que era en ella. E destos plazos adelante, non podria (349) el comprador fazer ninguna destas demandas. E este tiempo de los seys meses, e del año sobredicho, se deue començar a contar, desde el dia (350) que fue fecha la vendida.

LEY 66. *Como non puede ser desfecha la vendida de la bestia, si el vendedor dize paladinamente, a la sazon que la vende, la maldad que ha.*

Manifiestamente diziendo (351) la tacha, o la enfermedad el vendedor al comprador del sieruo, o de la bestia que le vende, si el comprador, seyendo ende sabidor, le plaze de la compra, e recibe la cosa por suya, e da el precio por ella; si despues desto se quisiere arrepentir, non lo podria fazer; nin seria tenudo el vendedor, de re-

ra á las pruebas que serian menester para persuadir que el vendedor tenia conocimiento de la tacha ó vicio.

(341) Se espresa así para escluir los defectos de poca monta, l. 1. §. 8. y l. 11. D. *de œdil. edict.*

(342) Como si el caballo fuese coceador; y aunque estos vicios y otros no pueden llamarse corporales en las caballerias, sin embargo, como son vicios naturales procede la redhibicion: en el hombre empero, los defectos del ánimo se consideran accidentales, pues que la enmienda es posible dando nueva direccion á la voluntad, segun Bald. en la l. 1. C. *de œdil. act.*, y añád. l. 43. princ. D. *de œdil. edict.* y allí la Glos.

(343) Dígase lo mismo aunque lo ignore, segun la l. 1. §. 2. D. *de œdil. edict.*.

(344) Añád. l. 19. §. últ. y l. 55. D. *de œdil. edict.*, l. 2. C. *de œdil. act.* y la Glos. en la l. 38. D. tít. cit. glosa magistral: adviértase que este tiempo no corre pendiente la condicion, l. 43. §. 9. tít. cit.

(345) L. 21. y l. 60. D. tít. cit.: devolveráse con los frutos, l. 1. §. 1. D. tít. cit. ¿Y el fisco devolverá las alcabalas que ha cobrado? V. Bald. en d. l. 4. C. *de œdil. act.* col. 2.

(346) ¿Y si el comprador no quiere devolver el precio? V. Bald. en d. l. 4. C. *de œdil. act.* col. 2.

(347) Concuerda con la l. 48. §. 2. D. *de œdil. edict.* y v. l. 2. C. *de œdil. act.*

(348) Por ahí se ve que no habrá mas que una accion *quanti minoris*; y que no procederá lo que dice Bald. en la cit. l. 4. C. *de rescind. vend.* col. 2. admitiendo dos, una civil y otra pretoria: véase lo que dije en la l. anter.

(349) Esto no tiene dificultad cuando se trata de esclavos, de caballerías y de toda suerte de ganado, segun esta l. y la l. 2. C. *de œdil. act.*: por lo que mira á las demás cosas, por ej., si se hubiese vendido un predio que criara yerbas venenosas, ó que tuviese otro defecto, l. 1. princ. y l. 49. D. *de œdil. edict.* y l. 4. C. *de œdil. act.*, ó que se vendiese madera de mala calidad ó libro viciado; se dará la accion *ex empto*, la que, sin embargo de dirijirse á conseguir el *cuanto menos* ó la redhibicion, parece que será perpetua, segun la l. 13. princ. *de act. empt.*, haciendo distincion entre la buena y mala fe del vendedor: los ediles, segun Bald. en la l. 2. C. *de rescind. vend.* col. 4., atendiendo tan solo á las cosas animadas, las que son frágiles y corruptibles, consideraron impropio el que la accion fuese perpétua; al paso que el derecho civil atiende á las inanimadas, las que por lo regular son de mayor duracion.

(350) Aquí parece destruirse lo establecido antes con aquellas palabras: *luego que el comprador lo entendiere*: deberemos pues entender lo que aquí se dice bajo el supuesto que el comprador hubiese tenido conocimiento del vicio luego de celebrado el contrato; de lo contrario, á mas de una contradiccion tendríamos una disposicion opuesta á la del derecho comun, que puede verse en la l. 2. C. *de œdil. act.*: v. Glos. en la l. 19. §. últ. D. *de œdil. edict.*

(351) Lo mismo será si no la hubiese advertido, cuando la tacha esté á la vista, de modo que pueda tener conocimiento de ella el comprador, segun la l. 1. §. 6. y l. 48. §. 3. D. *de œdil. edict.* ¿Qué diremos si el comprador dejó de advertir torpemente la tacha, de la cual el vendedor tenia conocimiento? Tampoco será este responsable, segun Bald. en la l. 1. princ. C. *de œdil. act.* col. 2., siguiendo á la Glos. en dicho lugar: lo contrario sostiene allí Cin., á cuya opinion sus-

cebir la cosa, nin de tornarle el precio. Esso mismo dezimos que seria, si se auiniessen en el precio ambos a dos, e fuesse fecha la vendida en tal manera, que por tacha que ouiesse (352) la bestia, non la pudiesse desechar el comprador. Mas si el vendedor dixesse generalmente, que la bestia que vendiesse auia tachas, e encubriesse, callando, las que auia, o diziendolas embueltas (353) con otras engañosamente, de manera que el comprador non se pudiesse apercebir; entonce dezimos, que seria tenudo de recebir la cosa que assi vendiesse, e de tornar el precio, a los plazos que diximosen la ley ante desta.

LEY 67. *Del comprador que empeña la cosa, despues que la ha comprada; que deue ser tornada a su dueño, si se desfaze la vendida.*

Si el comprador, despues que ouiesse la cosa comprada en alguna de las maneras que diximos en las leyes ante desta, la empeñasse a otro, e despues desso se desatasse la vendida por alguna de las razones que de suso diximos, estonce el que toma la cosa a peños, tenudo es de la tornar (354) al vendedor cuya fue: e puede deman-

cribe Abb. en el cap. *injustum* al fin, *de rer. permut.*, porque el dolo del vendedor sobrepuja á la culpa del comprador, arg. l. 9. D. *ad leg. Aquil:* esta opinion parece la mas acertada y equitativa; v. Glos. en la l. 14. §. 9. D. *de ædil. edict.* y Juan Andr. adic. al *Specul.* en la rubr. *de empt. et vend.* vers. *ponit autem.*

(352) Entiéndase si el vendedor ignoraba la tacha; pues que siendo sabedor de ella y callándola, será responsable de la misma no obstante el pacto, arg. l. 6. al fin y l. 39. D. *de act. empt.*, y lo sientan el *Specul* y Juan Andr. en el tít. *de empt. et vendit.* §. *nunc dicendum*, vers. *quid si venditor*, y Abb. en el cap. *injustum*, *de rer. permut.* vers. *sed quæro.*

(353) Añád. l. 14. §. 9. D. *de ædil. edict.*, Juan Andr. en d. lug., Abb. en el cit. cap. *injustum.*, Ang. Aret. en el §. 7. *Inst.*, *de jur. natur. jent. et civ.*, la Glos. en el cap. *neque artificiofo*, 22. q. 2., lo que dice el *Specul.* en el cit. tít. *de empt. et vend.* §. pen. col. 3. y Alex. consil. 14. col. últ. vol. 5. y todo el consil. 95.

(354) No subsistirá pues la hipoteca: esto no tiene duda cuando la venta se resuelve en virtud del pacto de *addictio in diem* del cual se trata en la l. 40. de este tít., segun la l. 4. §. 3. D. *de in diem addict.* y la l. 3. D. *quib. mod. pign. vel hipot. solvit.*, y allí Bart.: entónces la venta se resuelve por una causa necesaria. Empero, cuando la resolucion proviene de causa voluntaria, esto es, si dependia del comprador el que permaneciera subsistente el contrato, por ej. cuando se rescinde por la accion de la l. 2. C. *de rescind. vend.* y de la 56. de este tít.; opinan generalmente los D. D. que por derecho comun la hipoteca subsiste, como dije en la cit. l. 56. not. 311. Además, que subsiste la hipoteca contraida por el comprador, cuando el contrato se rescinde por la accion *redhibitoria*, lo prueban la l. 43. §. 8. D. *de ædil. edic.* y la l. 4. princ. D. *quib. mod. pign. vel hipot. solvit.*; pues que está al arbitrio del comprador el dejar subsistente el contrato, segun la Glos. en dicho lugar. Empero, así esta ley como la l. 31. *D. de pign.* prueban que aun cuando la resolucion del contrato sea voluntaria de parte del comprador, desaparece la hipoteca; si bien la última se concreta al caso en que el hecho del deudor no tendia directamente á que la cosa volviera á su causante, segun Bart. en la l. 9. D. *de agua pluv. arc.* Podrá tal vez decirse que esta ley debe limitarse á los casos en que la disolucion proviene del hecho directo del comprador; y que no habla de aquellos en que dimana de causa absolutamente necesaria, como si se ha proferido sentencia disponiendo la disolucion del contrato y la devolucion de la cosa; pues entónces parece disolverse en virtud de causa necesaria, como lo dice Bart. en la l. 2. princ. *C. de rescind. vend.* col. 9., fundado en que la condena se produce independientemente de la voluntad de aquel contra quien recae: de ahí es que decia Bald. en la l. 4. *C. de ædil. act.* col. 2. vers. *sed pone lata est sententia*, que de la sentencia preferida en méritos de la accion redibitoria, nace la accion *in factum* á favor del vendedor, aunque el comprador no quiera usar de su derecho; lo que es digno de notarse. Sin embargo, por lo que mira á nuestra ley, esto mas bien que interpretar es adivinar, y de otra parte queda en pié la razon en que se fundan los D. D. que distinguen entre la disolucion del contrato necesaria y la voluntaria: á mas de que no es justo penda de la voluntad del comprador el estinguir la hipoteca que constituyó, razon que milita háyase ó no proferido sentencia: así pues, ó admitimos la interpetacion indicada aunque meramente adivinatoria, ó deberá decirse que nuestra ley deroga las leyes antiguas, disponiendo que la hipoteca desaparezca, tanto si fuere voluntaria, como si es necesaria respecto del comprador la causa de disolucion del contrato. O bien dígase que esta ley se limita á los casos de disolucion necesaria, cuya interpretacion puede apoyarse en la misma ley, tal como la hallé en cierto manuscrito, donde no se encuentra la cláusula aquella, *en las leyes ante desta*, diciéndose tan solo *e despues desso se dessatare la vendida por alguna de las razones*

dar al que la empeño, que pague lo que dio sobre ella a peños. Otrosi dezimos, que si vn ome empeñasse a otro alguna cosa, obligandose en tal manera que la non podiesse vender, nin dar, nin enagenar en ninguna guisa, fasta que la ouiesse quita; si despues que la ouiesse empenado assi, la vendiesse a otro, non valdria la vendida (355), e podria ser desatada por esta razon.

TITULO VI.

DE LOS CAMBIOS QUE LOS OMES FAZEN ENTRE SI: E QUE COSA ES CAMBIO.

Cambiar vna cosa por otra, es vna manera de pleyto, que semeja (1) mas al de las vendidas, e de las compras, que a otro. Ca bien assi como ome gana la cosa, que ha comprada, por precio que da por ella; bien otrosi la gana, por aquello que por ella cambio. Onde pues que en el Titulo ante deste fablamos de las vendidas, e de las compras, queremos aqui dezir de los cambios. E mostraremos, que cosa es cambio. E en que manera se faze. E quien lo puede fazer. E de que cosas. E que fuerça ha. E por que razones puede ser desatado, despues que fuere fecho. E sobre todo mostraremos de los otros pleytos, a que dizen en latin Contractos innominatos, que han semejança con el cambio.

LEY 1. *Que cosa es cambio, e de que manera se faze.*

Cambio es dar, e otorgar vna cosa señalada, por otra. E puede fazerse el cambio en tres maneras. La primera es, quando se faze con plazer de amas las partes, e con otorgamiento, e con prometimiento de lo complir: e esto sería, como si dixesse el vno al otro: Plazevos, de cambiar conmigo tal vuestra cosa (2) por tal mia; nom-

que de suso diximos; y en efecto bajo esa lectura puede referirse la ley á los casos en que la disolucion proviene de causa necesaria. Sin embargo, medítese bien este punto.—* Las leyes del Digesto y en particular las ll. 3. y 4. D. *quib. mod. pig. vel. hip. solv.*, autorizan la distincion que se hace en este punto entre la resolucion de la venta que proviene de causa necesaria, y la que dimana de la mera voluntad del comprador; empero, parece inadmisible por derecho de Partida, en vista de la disposicion general y precisa de esta ley, la que espresa que desaparecerá la hipoteca constituida por el comprador, siempre que la compra y venta se disuelva por alguno de los modos contenidos en este título; entre los cuales, los hay que dependen de la voluntad del comprador, como la recision por causa de lesion, la recision que se funda en vicio ó carga de la cosa, etc. Lo que esta ley dispone acerca de la hipoteca deberá por igualdad de razon aplicarse á las servidumbres que hubiese constituido el comprador.

(355) Añád. l. 7. §. últ. *D. de distract. pign.*, y como aquí se ve, se aprueba la leccion segun la cual la venta es nula, sobre lo que v. Bart. en la l. 135. §. 3. D. *de verb. oblig.*

(1) L. 2. *D. de rer. permut.* y l. 2. *C.* del mismo tít.; difieren sin embargo, segun la l. 1. *D.* tít. cit.

(2) Es decir, una cosa determinada por otra tambien determinada, por ej. Estico por Pámfilo, ó cierta casa por determinado campo, l. 5. C. tít. cit.: entiéndase que la cosa debe ser además inestimada; de lo contrario tendríamos venta, segun la Glos., Bart. y los D. D. en la l. 1. *C.* tít. cit.: si se diere una cosa determinada por otra indeterminada ó viceversa, como si se diere cierto caballo por un buey indeterminadamente, ó bien un buey por otro buey indeterminado; entónces no habrá permuta, sino que tendrémos otro contrato inominado, á saber, doy para que dés, segun Azon en la suma *C.* tít. cit. y Bart. en la l. 1. *D.* del mismo tít. ¿Y si además de la cosa cierta se diese dinero? V. Bart. en d. l. 1. y Bald. en la l. 1. *C.* tít. cit., y Abb. en el cap. *ad quæstiones*, vers. *et ex his infertur*, *de rer. permut.*, quien dice que debe en primer lugar atenderse á si la intencion de los contrayentes fué celebrar el contrato de venta ó el de permuta; y que en caso de duda nos apoyarémos en conjeturas: si el precio es mayor que lo que se ha dado juntamente con él, se tendrá por compra y venta el contrato: y por permuta si es menor, y añád. Bart. en la l. 18. *D. de donat.* Pero ¿qué dirémos si no hubiese diferencia entre el precio y la cosa? Bald. en el preliminar al libro de los feudos, col. 4. dice que en caso de duda se reputará compra y venta el contrato, por ser mas favorable, atendido que en él se produce la accion por el mero consentimiento de las partes, l. 7. princ. *D. de pact.*; empero en la l. 10. *D. de stat. hom.* 2. lect. dice, que esto debe decidirse á tenor de la l. 6. *C. de pact. int. empt. et vend.*, la que quiere que se atienda á lo que principalmente dió causa al contrato. Nótese, que puede permutarse el dominio directo con el útil, segun el cap. 1. §. *cum autem*, *de controv. investit.* y allí lo nota Bald.; empero, no habrá permuta, si se da la nuda posesion por otra nuda posesion, l. 80. §. 3. *D. de contrah. empt.*, sino que tendrémos el contrato inominado, hago para que hagas, del cual nace la accion *præscriptis verbis*, de la clase de

brandola cada vna dellas señaladamente: e deue el otro dezir: Plazeme, e otorgo, e prometo (3) de lo complir. La otra es, quando lo fazen por palabras simples (4), non lo otorgando, nin lo prometiendo de lo complir; mas diziendo assi: Quiero cambiar tal cosa con vos; e el otro respondiendo que le plaze: por tales palabras, o otras semejantes dellas, se faze el cambio; maguer las cosas que (a) cambio non sean presentes, nin passadas a poder de ninguna de las partes. La tercera manera es, quando se faze el cambio por palabra, compliendolo (5) despues por fecho amos a dos, o la vna de las partes tan solamente. Ca en tal cambio como este abonda, quales palabras quier que digan; solamente, que sea fecho con plazer de amas las partes, e resciba el vno dellos a cosa, por que cambio la que era suya.

(a) camian Acad.

LEY 2. *Quien puede fazer cambio, e de que cosas.*

Cambios pueden fazer todos los omes que diximos en el Titulo ante deste (6), que pueden comprar, e vender. E avn dezimos, que aquellos que non pueden fazer compra, nin vendida, non pueden cambiar. Otrosi dezimos, que todas las cosas que se pueden comprar, e vender, se pueden cambiar. Otrosi, las que se non pueden vender, nin comprar, non se pueden cambiar (7). Fueras ende las cosas espirituales, que maguer non se pueden vender, puedense cambiar; assi como vna Eglesia por otra (8), o vna Dignidad por otra (9), o vna Racion por otra, o los diezmos (10) de la vna Eglesia por los de la otra. Pero el cambio destas cosas tales, o de las otras semejantes dellas, deuese azer con otorgamiento del Perlado (11)

las *stricti juris*; y de otra parte no será título hábil para prescribir, porque es un contrato que no tiende á la traslacion del dominio, segun Bald. en la l. 1. *C. de rer. permut.* col. últ.

(3) Este es el caso en que interviene estipulacion, l. 3. *C. de rer. permut.*

(4) Es decir, con nudo pacto, l. 3. cit.

(5) Es decir, con pacto seguido de la tradicion de la cosa, l. 3. cit.

(6) V. l.l. 3. 4. y 5.

(7) Adopta las palabras del Hostiense en la suma *de rer. permut.* vers. *quid autem potest permutari.*—*¿De la misma manera que la venta será válida la permuta de cosa ajena? Así parece, tanto atendida la espresion general de la ley en este lugar, como el que la l. 4. dispone que á semejanza del vendedor, debe todo permutante sanear la cosa que permuta. La l. 2. al fin, parece suponer lo contrario, cuando dice, *e resciba el vno dellos la cosa, porque cambio la que era suya:* pero puede muy bien decirse que el objeto principal de esta cláusula fué manifestar que para que hubiese permuta era menester que se prometiese una cosa por otra. Todo argumento sacado de alguna ó algunas palabras de una ley que no se ocupa principalmente del punto sobre el cual la cuestion versa, es siempre peligroso en estremo; porque ocupada la inteligencia del legislador en procurar la propiedad de las palabras tocante á la idea que quiere emitir, fácil es que adopte una voz que resulte impropia respecto de otro punto.

(8) Añád. el cap. *ad quæstiones*, 6. *de rer. permut.* y el cap. *nemini*, 16. q. últ.; y adviértase que si las iglesias se permutan por derecho de propiedad, se consideran entónces á manera de temporalidades; de ahí es que subsiste la permuta aunque una iglesia se permute por otra ó por cosas temporales, segun el cap. *cum venerabilis*, 6. *de except.* y allí Abb. 4. *notab.*: otra cosa seria si la iglesia se permutase á manera de título: sobre la razon de diferencia véase á Imol. en d. cap. *ad quæstiones*, col. pen. y á Adrian. *quolibeto* 9., art. últ. vers. *ad quintum.*

(9) Véase sobre de esto el cap. *quæsitum* 5. *de rer. permut.*

(10) Pero no pueden los diezmos permutarse con cosa corporal, segun el cap. últ. *de rer. permut.*, donde la Glos. decide la cuestion notable de si vale ó no el convenio con que se libra uno del gravámen del diezmo en cambio de lo que cede á la iglesia, ya sea en propiedad, ya en usufruto; y decide no ser válido el convenio: lo que Abb. allí, siguiendo á Bart. Brixien. en la cuestion dominical, entiende del caso en que la remision del diezmo se hiciese para siempre; pues que si se limitase á tiempo determinado, á diez años por ejemplo, subsistirá el pacto, aunque hubiese perecido la cosa dada en cambio de los diezmos; lo que Juan de Imola allí limita y con razon al supuesto que la permuta recayese sobre diezmos vencidos, pues qué sin licencia del Papa no puede recaer convenio sobre los venideros.— * Sobre las permutas de beneficios patrimoniales véase la l. 2. tít. 21. lib. 1. Nov. Recop.

(11) No se exigirá pues que sea obispo, bastando que tenga jurisdiccion episcopal, como lo manifiesta esta ley y lo sienta Abb. en el cap. *quæsitum, de de rer. permut.* 3. *notab.*: ¿y que dirémos del cabildo en sede vacante? Véase la Glos. en la Clement. únic. *de rer. permut.* sobre la palabra *conferantur*. Pero si los beneficios son tales cuya colacion pertenezca esclusivamente al

que ouiere jurisdicion sobre aquel lugar, a do fueren las cosas (12) que quisieren cambiar. Ca si de otra guisa lo fiziessen, non valdria (13), assi como es dicho en la primera Partida deste libro, en las leyes (14) que fablan en esta razon.

LEY 3. *De la fuerça que ha el cambio.*

Tal fuerça ha el cambio que es fecho por palabras, e con prometimiento de lo complir, que si despues alguna de las partes se quisiere arrepentir, la otra parte que lo quiere (15) acabar, e auer por firme, puede pedir al Juez, que le mande a la otra parte, quel cumpla el cambio, o quel peche (16) los daños, e los menoscabos, que le vinieron por aquello que non quiso complir, porque lo non quiere acabar. E estos menoscabos atales llaman en latin interesse (17). Mas si el cambio fue fecho tan solamente por palabras, diziendo assi la vna de las partes: Quiero cambiar tal mi casa con vos; e la otra parte dixesse simplemente quel plazia, sin otro prometimiento,

obispo, ¿se hará legalmente en sede vacante, la resignacion de los mismos por causa de permuta, en poder del cabildo? Así lo opina Juan de Imol. en el cit. cap. últ. col. 8.; si bien deberá esperarse al obispo para llevar á cabo la permuta. El vicario del Obispo no puede autorizar semejante acto, si no se le ha dado comision especial al efecto: véase al cit. Imol.

(12) Si estuvieren situados en diferentes diócesis es preciso el consentimiento de entrambos obispos, segun esta ley, y hace al caso el cap. 32. *de sentent. excommunicat.*, y lo sienta Juan de Imol. en el cap. últ *de rer. permut.* col. 9.

(13) Aun mas, si se conviniese la permuta de beneficios sin referirse los contrayentes al consentimiento del obispo, incurrirán estos en el vicio de simonia, segun el cap. 5. *de rer. permut.*: decimos si se conviniere, porque nada obsta para que traten de permutar mientras no cierren el contrato sin la circunstancia indicada, v. Abb. lug. cit. al fin. ¿Y si la permuta se hace sin el consentimiento de los patronos ó de los electores que confieren los beneficios? Subsistirá de derecho, pero se anulará si tales personas rehusasen su consentimiento, segun Freder. en el trat. *de permut. benefic.* y Juan de Imol. en d. cap. últ. col. 8. Si los beneficios fuesen de los que se reserva el Papa no podrán permutarse por sola la autoridad del obispo, segun la estravag. de Benedicto XII. que empieza *Dudum*, y segun la Rota decis. 23. de las mas recientes.

(14) V. l. 63. al fin, tít. 5. Part. 1.

(15) Pues que si no le place llevar á cabo el contrato, se disolverá aunque hubiese intervenido estipulacion, l. 3. §. 2. *D. de condict. ob caus.*; y si este mismo lo hubiese empezado á cumplimentar por su parte, podrá instar la devolucion de lo que entregó, mediante la condiccion *ob causam*, segun esta ley, y lo sienta Alb. en la l. 3. *C. de rer. permut.* Si el pacto de permuta ha sido corroborado con estipulacion por una de las partes ¿podrá separarse del contrato la que prometió mediante dicha solemnidad? Bald. en d. l. 3. col. pen. vers. 11. *quœritur*, dice que no, si la otra parte cumple. Sin embargo, adviértase que segun el mismo Bald. en d. l. col. pen. ver. 12. *quœritur*, si te dí alguna cosa por haberme tu prometido otra mediante estipulacion y á título de permuta, no podré apartarme del contrato, porque parece que te has desprendido de aquello á cuya entrega te obligaste de un modo tan eficaz; para lo cual alega la l. 26. §. 2. *D. mandat.*: empero paréceme mejor el parecer de Alber., segun el cual la estipulacion no quita al que por su parte cumplió, la facultad de separarse del contrato si la otra no cumple: véase lo que digo mas abajo en la nota 18.—* En virtud de la l. 1. tít. 1. lib. 10. Nov. Recop. el simple pacto de permuta tendrá igual fuerza que la estipulacion: en ningun caso, pues, será preciso aguardar que una de las partes cumpla para que la obligacion nazca.

(16) No es pues indispensable que entregue la cosa misma, bastando que pague los daños y perjuicios: así que, tanto la disposicion de la l. 5. §. *. *D. de prœscript. verb.* y lo que nota la Glos. en la l. 4. *C. de rer. permut.* en la palabra *servetur*, se estiende por nuestra ley al caso en que el contrato de permuta se hiciere mediante estipulacion: Bald. en el lug. cit. esceptua el caso en que me interesa precisamente que se verifique el hecho convenido, por ej. la manumision de un hijo mio, y alega la l. 54. *D. mandat.*; véase allí Alex. en las *adic.* — * Antes bien parece que la eleccion corresponderá al acreedor, mientras la obligacion no consista en un hecho propiamente tal, ó que el cumplimiento de la misma se haya hecho imposible. Aun cuando se conceda que la ley de Partidas es ambigua en este punto, tendrémos que por la de Recopilacion, en cualquier manera que parezca que uno quiso obligarse queda obligado, y es tenido de cumplir aquello á que se obligó; es decir que si prometió entregar alguna cosa, debe en realidad entregarla, sin que baste el ofrecimiento de abonar los perjuicios, mientras dicha entrega sea posible.

(17) Téngase esto presente para todas aquellas leyes de Partida que usan de la palabra *menoscabos*.

assi como sobredicho es; entonce, bien se podria arrepentir qualquier de las partes (18), e non seria tenudo de complir el cambio que desta manera fuesse fecho. E si por auentura el cambio fuesse ya començado a complir por fecho de alguna de las partes, dando o entregando la cosa que prometiera de cambiar, e la otra parte despues de esto non quisiesse (19) dar lo que prometiera; estonce dezimos, que es en escogencia (20) de aquel que lo cumplio, de cobrar lo que dio, o de demandar al otro los daños, e los menoscabos que le vinieron por esta razon. E estos menoscabos se deuen judgar, e pechar, por jura (21) de aquel que los deue rescebir, estimandolos primeramente el Judgador.

LEY 4. *En que manera se puede desfazer el cambio, despues que fuere fecho.*

Cambiando vn ome alguna cosa suya con otro, assi como sieruo, o bestia, deue dezir las tachas, e las maldades, que son en aquella cosa que cambia, a aquel con quien faze el cambio. E si lo encubriere a sabiendas, puedese desfazer el cambio (22) por esta razon, fasta aquel plazo, e en aquella manera, que diximos de suso, de las cosas que assi fuessen vendidas. Otrosi dezimos, que se puede desfazer el cambio, por todas aquellas razones, que dezimos en el Titulo ante deste, por que se pueden desfazer las vendidas. E aun dezimos, que los que cambian, son tenudos de

(18) Añád. l. 3. C. *de rer. permut.* Empero, ¿tendrá esto lugar en vista de la l. 3. tít. 8. lib. 3. del Ordenam. Real? Parece que si, atendido lo que nota Bald. en la l. 28. *C. de transact.* col. 2., donde dice espresamente que todas las leyes civiles que hablan de contratos inominados, tienen lugar por derecho canónico, en virtud del cual nace accion del nudo pacto, segun el cap. 1. *de pact.*; y de otra parte segun el mismo Bald. ni aun por derecho canónico producen accion los contratos inominados, mientras una de las partes no haya prometido lo que cumplió: alega la Glos. en el cap. *cum inter. R: seniorem, de elecoion.*: lo mismo quiere en la l. 10. *C. de jur. et fact. ignor.* col. 8., y lo mismo opina Ludov. Roman. en la l. 5. *D. de condict. caus. dat.* fundado en que debemos regirnos por el derecho civil en todos los puntos en que otra cosa no se prevenga por el derecho canónico; á lo mismo parece inclinarse Jas. en el lug. cit.: empero Bald. en la rubr. *C. de rer. permut.* dice, que por derecho canónico no podemos separarnos del contrato de permuta, aunque celebrado con nudo pacto; siendo notable lo que añade, que no puede haber lugar al desistimiento voluntario una vez se ha empeñado la palabra; si bien, segun él, podrá tener lugar si la otra parte falta á la promesa, lo que se llama *faltar la causa:* lo mismo opinan Ang. en la l. 48. al fin *D. de pact.* y Alex. en la cit. l. 5. *D. de condict. caus. dat.* col. 5. De consiguiente lo que esta ley dispone, dando facultad á cada uno de los permutantes para separarse libremente del contrato, no procederá hoy dia en virtud de la ley del Reino que da fuerza obligatoria al pacto nudo; así que, si una de las partes quiere llevar á cabo el contrato, no podrá la otra separarse de él, así como no podia hacerlo por derecho antiguo en el caso de haber intervenido estipulacion; ahora, si uno de ellos no cumple, ó demora el cumplimiento, será lícito al otro apartarse de lo contratado por faltar la causa, ó sea el cumplimiento de la palabra empeñada.—* Véase la adicion á la Glos. 15, y añádase que si el nudo pacto tiene fuerza obligatoria por la ley del Reino, es evidente que la simple demora de una de las partes no autorizará á la otra para separarse de lo contratado, porque la demora, por punto general, solo da lugar á la reclamacion de perjuicios.

(19) Esto manifiesta que no podrá apartarse del contrato, si el otro contrayente no consiente en ello; empero, parece probar lo contrario la l. 3. §. 2. *D. de condict. caus. dat.* y lo sienta Alber. siguiendo á la Glos. en la l. 3. *C. de rer. permut.*, fundado en que semejante pacto es vestido respecto del que cumple y no por lo que mira al otro: la intencion de nuestra ley es que el que cumple pueda pedir los daños y menoscabos, como luego lo indica; pero no que no le sea lícito apartarse del contrato. Empero, despues de la ley del Reino citada en la nota anterior, no podia separarse del contrato el que habia cumplido, mientras que el otro no resistiera por su parte el cumplimiento.

(20) Añád. l. 4. *C. de rer. permut.*

(21) Tendrá pues lugar segun esta ley el juramento estimatorio en los contratos inominados, lo que dice, aunque no sin vacilar, la Glos. en la l. 5. *D. de præscript. verb.* Podria tambien decirse que de la permuta nace accion de buena fe, segun el §. 28 *Inst. de act.*, y de consiguiente nada estraño que dé lugar á dicho juramento, l. 5. D. *de in lit. jur.*: á mas de que, segun la l. últ. de este mismo tít. se admite en todos los contratos inominados.

(22) Añád. l. 19. §. últ. *D. de ædil. edict.*

(23) Esto se ha sacado de Az. sum. *C.* de este tít. y de la Glos. en la rubr. *C.* del mismo: y de aquí infiere Bart. en la l. 2. *D. de jurejur.* que la transaccion es un contrato inominado; y lo mismo opina la Glos. en la l. 28 *C. de transact.*, Bald. en la l. 2. *C. quando lic. ab empt. disced.* se espresa en otros términos, á saber, que si el

fazer sano, el vno al otro, la cosa que con el cambia.

LEY 5. *De los pleytos que son llamados en latin Contractos innominatos, que han semejança con el cambio.*

(b) Contratos innominatos en latin, tanto quiere dezir en romance, como pleytos e posturas, que los omes ponen entre si, e que non han nomes señalados (23): e son quatro maneras dellos (24). La primera es, quando alguno da su cosa por otra: este es cambio de que fablamos en las leyes ante desta. La segunda es, quando alguno da su cosa a otro (solo que non le den dineros contados) (25) porque le faga otra por ella. Ca entonce dizimos, que si aquel non cumpliesse lo que prometio, en su escogencia (26) es del otro, de demandarle la cosa que le dio por esta razon, o quel peche los daños, e los menoscabos que porende rescibio; los quales deuen ser creydos con su jura (27), e con estimacion del Judgador. La tercera es, quando algun ome faze a otro alguna cosa señalada, porque le de otra: ca si despues que la ouiesse fecha, non le diesse aquella que le auia prometido, puedela demandar como en razon de engaño (28); e deuele ser pechada con los daños e los menoscabos, assi como de suso diximos. La quarta es, quando algun ome faze alguna cosa a otro, porque le faga aquel a quien la faze, otra por ella. *(c)* En esta razon dezimos, que quando alguna de las partes fizo lo que deuia, que puede demandar a la otra, quel compla lo que le deuia fazer, e quel peche los daños, e los menoscabos que recibio por esta razon; los quales deuen ser estimados segund sobredicho es.

(*b*) *Contractus innominati* Acad.

(*c*) et en esta decimos que Acad.

TITULO VII.

DE LOS MERCADORES, E DE LAS FERIAS, E DE LOS MERCADOS; E DEL DIEZMO, E DEL PORTADGO, QUE HAN A DAR POR RAZON DELLAS.

Mercadores (1) son aquellos omes, que señaladamente mas vsan entre si, vender, e comprar, e cambiar vna cosa por otra. Porque las riquezas,

contrato produce accion del mismo nombre es nominado; y cuando no, inominado; véase al mismo en la rubr. *C. de rer. permut.* Nótese que en los contratos inominados se juzga á tenor de lo establecido respecto de los nominados á los cuales se parecen; mientras que otra cosa no se hubiese convenido, l. 1. §. 9. *D. deposs.*, Bart. en la l. 1. §. 13. D. *de extraord. cognit.* col. 1. y Juan de Plat. en la l. 5. *C. de agricol. et censit.*; y segun Bald. en la l. 27. *C. de pact.* col. 13. puede arguirse de los contrato nominados á los inominados.

(24) Entiéndase de los contratos respectivos, los que son precisamente en número de cuatro, como se ve en esta ley y en la l. 5. *D. de præscript. verb.*: los demás son infinitos, y podrian presentarse muchos ejemplos, de los que tenemos uno en la l. 17. princ. *D.* tít. cit.; otro en el nudo pacto, Glos. en la l. 1. princ. D. *de oblig. et act.* al fin de la glosa magistral: otros indiqué en la nota anterior.

(25) Pues entónces seria compra y venta, l. 5. cit. *D. præscript. verb.*

(26) V. l. 43. tít. 14. de esta Part. y lo que allí dije.

(27) Tenemos, pues, que en los contratos inominados, á mas del de permuta tiene lugar el juramento estimatorio.

(28) Azon en la cit. l. 5. §. 3., así lo sienta en el supuesto que la ejecucion de lo hecho importa menos que la cantidad prometida en cambio; de lo contrario se daria tambien la accion *prescriptis verbis*, segun lo anotado en la l. 6. C. *de transact.*

(1) Adviértase que en los tribunales de comercio debe juzgarse verdad sabida y buena fe guardada, dejando aparte las formalidades de derecho: v. Bart. en la l. 29. §. 4. *D. mandat.*, l. 48. tít. cit. y Bald. en la l. 10. *C.* del mismo tít. col. últ.: lo que debe entenderse de las formalidades que no tienden á la averiguacion de la verdad del hecho: el derecho civil y las demás leyes deben observarse por dichos tribunales, segun Bart. en el lug. cit.: además advierte Ang. consil. 219. que empieza *arbitrator dictam pœnam*, col. 2., que en ellos no puede pedirse la pena mas allá de lo que monta el perjuicio; cuya opinion es citada y simplemente adoptada por Francisco de Aret. en la l. 4. §. 1. *D. de verb. oblig.* col. 1.; al paso que trata de impugnarla Jason en la l. 2. §. 5. tít. cit. col. 6.; añádase sobre lo dicho Abb. en el cap. *dilecti, de judiciis.* Acerca de si los priores y cónsules del comercio pueden ó no hacer estatutos penales, véase Bald. en la l. 2. *C. quom. et quando judex.* Por lo que mira á la costumbre de darse crédito á los libros de los comerciantes, aunque se trate de cantidades crecidas, véase Abb. en el cap. *bonæ 2. de postul. prælat.* col. 2. n. 2. — * El comercio tiene dos épocas bien marcadas. En la primera el comerciante va con sus mercancias: en la segunda, fijo en un punto, su intelijencia y su voluntad imprimen el movimiento á agentes subalternos, y de esta suerte produce la cir-

e las ganancias, que fazen *(a)* comprandolas, e vendiendolas, allegan señaladamente en las ferias, e en los mercados, mas amenudo que en los otros lugares. Onde, pues que en los Titulos ante deste fablamos de las vendidas, e de las compras, e de los cambios, queremos aqui dezir en este Titulo, de los mercadores, e de las ferias, e de los mercados. E mostraremos, quales son llamados mercadores: e que es lo que han de fazer, e de guardar. E despues fablaremos de los mercados, e de las ferias, como deuen ser guardadas. E sobre todo esso diremos de los portadgos, e de todos los otros derechos, que han de dar los mercadores, por razon de las cosas que pasan de vnas tierras a otras, en que ganan, e fazen de su pro.

(*a*) comprando et vendiendo los allegan, et señaladamiente Acad.

LEY 1. *De los omes que propriamente son llamados Mercadores.*

Propriamente son llamados mercadores (2), todos aquellos que *(b)* venden e compran las cosas de otri, con entencion de las vender a otri, por ganar en ellas. E lo que han de fazer, e de guardar, es esto: que vsen de su menester lealmente, non mezclando, ni *(c)* boluiendo (3) en aquellas cosas que han de vender, otras, porque se

(*b*) compran las cosas con entencion de las vender á otri Acad.

(*c*) envolviendo Acad.

culacion. Son entrambas épocas bien sensibles en la Europa moderna, y en cada una de ellas vemos al comercio gozando de una jurisdiccion especial, solo que en la primera, los jueces bajo el nombre de mayorales ú otro equivalente, se limitan á las ferias, funcionan en ellas, y por el mero tiempo de la duracion de las mismas; al paso que en la segunda aparecen sucesivamente los verdaderos tribunales en las principales plazas mercantiles. Estos tribunales de escepcion se comienzan á crear en España á últimos del siglo 13: dan el ejemplo los reyes de Aragon, y se estienden mas tarde por los dominios de la corona de Castilla: en efecto, por el año de 1283 se erijió el consulado de comercio de Valencia: en 1343 el de Mallorca: en 1347 el de Barcelona: en 1388 el de Perpiñan: los de Burgos y Bilbao datan de 1494: el de Sevilla, del año 1535; y el de Madrid, del año 1652. Los consulados de comercio conocieron de los negocios mercantiles sin sujecion á determinados trámites judiciales, hasta que se fijaron estos por la ley de 24 de Julio de 1830, llamada de enjuiciamiento. Existiendo esta ley, y de otra parte un Código formal que arregla los asuntos mercantiles, puede pensarse con algun fundamento que la organizacion actual de los tribunales de comercio no es la que debiera ser: pero el carácter de esta obra y los límites que nos hemos prescrito no nos permiten entrar en semejante cuestion. — En cuanto á la prueba que resulta de los libros de los comerciantes, véase el art. 53 del Cód. de Com.

(2) Tenemos aquí lo que se entiende por comerciante: se requiere pues que ejerza el comercio, por lo que aquí se espresa, y lo dice Santo Tomás 2 l. 2. *cuest.* 77. art. 4.: y es necesaria la repeticion de actos, sobre lo cual v. Bart. en la l. 65. princ. *D. de legat.* 3. y Bald. en la rubr. *C. de constit. pecun.* al fin, donde esceptua el caso en que uno se hubiese hecho inscribir en la matrícula de los comerciantes; pues entónces se reputará tal aunque no hubiese ejercido repetidos actos de comercio: empero el mismo Bart. en el princ. del *Digestum vetus*, dice lo contrario. — * Parece indudable que la inscripcion en la matrícula induce presuncion de que el inscrito trata de ejercer habitualmente el comercio: por lo demás, véanse los arts. 1 y sigs. del Cód. de Com.

(3) Será empero lícito al comerciante de granos mezclar trigo corrompido con el que está sano: pues que con esta operacion se impide que el segundo se eche á perder; así como mezclando un veneno con otro se neutralizan muchas veces los nocivos efectos de entrambos, resultando de la mezcla un escelente antídoto, l. 35. §. 2. *D. de contrah. empt.* y arg. l. 236. *D. de verb. signif.*; y no se diga que el mezclar trigo corrompido con el que está sano es un acto de mala fe, segun esta ley y la 7. *D. de extrord. crimin.* y la Glos. en ella; porque la mezcla se presenta ya á la vista: ahora, si la mezcla no pudiese fácilmente discernirse, el acto seria contrario á la buena fe, segun Juan de Plat. en la l. 1. *C. de condit. in public. horr.*, fundado en ella; cuyo testo aduce tambien Bart. para probar que los que mezclan cera de buena y de mala calidad no se entiende que la falsifiquen. Obsta empero la pragmática de los Reyes Católicos, fol 16. dirijida contra los que mezclan paja, tierra ú otra cosa con el trigo: contéstese que la pragmática no prohibe el mezclar trigo con trigo, y si solo el trigo con otra cosa distinta, en lo que la diferencia es grande. Ahora, si el vendedor llena los sacos de trigo de mala calidad ó corrompido, poniendo en la boca de los sacos una capa de buen trigo, será entónces castigado mediante

falsassen, nin se empeorassen. Otrosi deuen guardar, que non vendan a sabiendas vna cosa por otra (4). E que vsen de peso, e de medida (5) derecha, segun fuere costumbre en aquella tierra, o en aquel Reyno, do (d) moraren. E quando leuaren sus mercadurias de vn lugar a otro, deuen yr por los caminos vsados (6), e dar sus derechos a los que los ouieren de dar. E si contra esto fiziessen, caerian en las penas que dizen en las leyes deste Titulo.

LEY 2. *De los cotos, e las posturas, que ponen los Mercadores entre si, faziendo juras e cofradias.*

Cotos, e posturas ponen los mercadores entre si, faziendo juras e cofradias, que se ayuden vnos con otros, poniendo precio entre si, por quanto den la vara de cada paño, e por quanto den otrosi el peso, e la medida de cada una de las otras cosas, e non menos. Otrosi los menestrales ponen coto entre si, por quanto precio den cada vna de las cosas que fazen de sus menesteres. Otrosi fazen posturas, que otro ninguno non labre de sus menesteres, si non aquellos que ellos reciben en sus compañias. E aun, que aquellos que assi fueren recebidos, que non acaben el vno lo que el otro ouiere començado. E aun ponen coto en otra manera, que non muestren sus menesteres a otros, si non aquellos que descendieren de sus linajes dellos mismos. E porque se siguen muchos males dende, defendemos, que tales cofradias, e posturas, e cotos, como estos sobredichos, nin otros semejantes (7) dellos, non sean puestos sin sabiduria e otorgamiento del Rey (8), e si los pusieren que non valan. E todos quantos de aqui adelante los pusieren, pierdan todo quanto que ouieren, e sea del Rey. E aun demas desto, sean echados de la tierra para siempre. Otrosi dezimos, que los Judgadores mayores de la Villa, si consentieren que tales cotos sean puestos; o si despues que fueren puestos, non los fizieren desfazer, si lo sopieren; o non lo embiaren dezir al Rey, que los desfaga; que deuen pechar al Rey cincuenta libras de oro.

(*d*) mercaren. Acad.

una de aquellas acciones conocidas con el nombre general de estraordinarias, segun la l. 7. cit. y añád. l. 8. tít. 16. Part. 7.

(4) Añád. l. 8. tít. 16. Part. 7.

(5) V. l. 7. t. 7. Part. 7.

(6) V. l. 6. de este tít.

(7) Por esta ley parecen prohibidas aquellas convenciones que producen los que vulgarmente se llaman *estancos*, sobre los cuales véase la pragmática 77., Socin. Consil. 272. vol. 2. y Bart. en la l. últ. *D. de coleg. illicit.* col. 4. vers. *quœro super quibus.* — * El decreto de Córtes de 8 de Junio de 1813, restablecido con Rl. decreto de 2 de Diciembre de 1836, dispone; 1.° que todos los españoles y los estranjeros avecindados en España, puedan libremente establecer fábricas y artefactos de cualquier clase, sin necesidad de permiso ni licencia alguna, con tal que se sujeten á las reglas de policia adoptadas para la salubridad de los pueblos: 2.° que puedan ejercer cualquier oficio ó industria útil, sin necesidad de exámen, título ó incorporacion á los gremios respectivos, cuyas ordenanzas quedan en esta parte derogadas. A las asociaciones que tienen por objeto monopolizar el tráfico de ciertas mercancías, no es muy fácil que les alcance la disposicion de la ley sin que se perjudique sobremanera al comercio, y hasta á los mismos consumidores, á quienes trata de favorecer. Sobre los monopolios en el tráfico de granos véase la l. 11. tít. 19. lib. 7. Nov. Rec.

(8) Con privilegio real pueden sostenerse estas convenciones y otras semejantes, como lo nota la Glos, en la l. 14. *D. de injur.*, donde dice que puede á uno concedersele la privativa de pescar en cierta parte del mar; así como la de vender carne en cierto lugar, segun el cap. *significantes* 69. *de apellat.* y lo nota allí Abb., así como Inn. y otros D D.: y si esto es asequible por privilegio, lo será tambien por la costumbre y mediante prescripcion; porque, cuanto por privilegio se adquiera puede tambien por prescripcion adquirirse, cap. *cum contingats* 13. *de foro compet.*, cap. 2. *simul*, 9. *de offit ord.*, cap. *novit.* 13. *de judic.* y Oldr. consil. 172. y la Glos. en el cit. cap. *significante.* Empero adviértase, que no bastaria la prescripcion ni la costumbre llamada de largo tiempo, así como fuera inicuo el estatuto de cualquiera autoridad ó corporacion, segun Inoc. en el cap. *cum accessissem*, *de constit.*, al contestar á la l. 1 *C. de monopol.* Es preciso, pues, que la costumbre sea inmemorial, para que tenga la fuerza de privilegio, cap. *super quibusdam.* 26. *de verb. signif.*, y lo sienta Dec. en el cit. cap. *significante* col. últ.: lo que procederá siempre que la privativa no puede obtenerse absolutamente sin privilegio, pero en aquellas cosas en que no es necesario, bastará la prescripcion ordinaria, como si uno hubiese estado en posesion de prohibir á otros que fueran á moler á otro molino distinto del suyo, ó bien á cocer el pan á otro horno, segun Abb. en el cit. cap. *signif.* 1. notab. y Bald. en la l. 3. *D. de ver. divis.* cuest. 3.; y es notable lo que es-

LEY 8. *De las ferias, e de los mercados, en que usan los omes fazer vendidas, e compras.*

Ferias (9), o mercados (10), en que vsan los omes a fazer vendidas, e compras, e cambios, non las deuen fazer en otros lugares, si non en aquellos que antiguamente las costumbraron (11) fazer. Fueras ende, si el Rey otorgasse por su priuillejo (12) poder a algunos lugares de nueuo, que las fiziessen. E avn dezimos, que en estas ferias atales, que son fechas nueuamente, que non deuen fazer los Señores del lugar do se fazen las ferias, premia ninguna a los mercadores que a ellas vinieren; demandandoles ningun tributo, de las cosas que traxeren, por razon de la feria, nin de otra cosa; si non de aquellas que les otorga el priuilejo, por que les fue otorgada la feria. E maguer ouiessen a dar debdo conoscido (13), que fuesse deante fecho que la feria fuesse establescida, al Señor del lugar, o a otro qualquier de los moradores en el (14); non los deuen traer a juyzio sobre ellos, nin (e) prenderles, nin to-

(e) preyndarles Acad.

te añade, á saber, que si lo exige la pública utilidad podrá prescindirse de la servidumbre que consiste en tener que moler el trigo en molino determinado, segun la l. últ. C. *de servit.*: sobre lo dicho V. Abb. en el cap. *Abbate Sancti Silvani*, *de verb. signif.* col. 2. y la Glos. y D D. en la l. 11. D. *de servit. urban. prædior.* Tengan presente los príncipes, que semejantes privilegios no deben concederse contra la pública utilidad; cuiden que para enriquecer á uno no empobrezcan á los demás; y que dando á uno la privativa de ejercer algun arte ú oficio no inutilicen las facultades que Dios ha dado á los demás hombres; en una palabra, no pierdan de vista que en el ejercicio de su autoridad no deben llevar mas objeto que el servicio de Dios y la utilidad pública.

(9) Entiéndase de las principales y solemnes, segun Bald. en la l. únic. C. *de nundin.*, las que tienen lugar una ó dos veces al año: el permiso para celebrarlas solo puede concederse por el Emperador ó por el Rey, l. 2. tít. 1. Part. 2. Conviene advertir que todo decreto sobre celebracion de ferias es permisivo; de consiguiente, todas se entienden prohibidas mientras no se pruebe lo contrario: véase la l. 1. y todo el tít. 7. lib. 6. del Ordenam. y mas abajo la not. 12.

(10) Manifiesta esta ley que tampoco pueden celebrarse mercados sin permiso del Príncipe: sin embargo, Bald. siguiendo á Nicol. de Mata en la cit. l. 1. C. *de nundin.* dice, que siendo los mercados una cosa de mero hecho podrán celebrarse sin privilegio. Esto parece cierto respecto de aquellos que comunmente tienen lugar dos veces por semana y que no gozan de ningun privilegio; pero no cuando hubiese en ellos esencion de derechos ú otro privilegio parecido, segun la l. 1. tít. 7. lib. 6. del Ordenan. Real, y la l. 137. del cuaderno de las alcabalas; pues faltando la autorizacion del Príncipe no gozarán tales mercados del privilegio de las ferias y los que en ellas contraten podrán ser indistintamente reconvenidos, y hasta podrán ser retenidos á título de represalias. — * Sin embargo de lo prevenido por esta ley se celebraban nuevas ferias y mercados, por la mera autorizacion de los señores territoriales y de los concejos. D. Henrique 4°. y los reyes católicos trataron de cortar este abuso prohibiendo bajo severas penas tales ferias y mercados, siempre que se celebrasen con alguna pretendida franquicia, ll. 1. y 2. tít. 7. lib. 9. Nov. Recomp. En la Rl. órden de 17 de mayo de 1834, se declaró, que la concesion de nuevas ferias y mercados, y el restablecimiento de los que estuviesen en desuso, correspondia á la corona, no pudiendo celebrarse ninguna de estas reuniones sin Rl. facultad, previos ciertos requisitos y trámites que se hallan prescritos en el mismo lugar. Además, el decreto de córtes de 22 de febrero de 1812, restablecido con otro de 24 de mayo de 1837, facultó al gobierno para permitir la celebracion de ferias y mercados á todos los pueblos que lo solicitasen, si lo estimase oportuno, oyendo antes á las Diputaciones provinciales. Estas dos disposiciones, tanto atendida su letra, como considerado su espíritu, no admiten la distincion entre ferias y mercados con franquicia y los que se celebran sin ella, distincion indicada por los juristas, y admitida por D. Henrique 4°.

(11) Lo entiendo de la costumbre inmemorial, la que equivale al privilegio, cap. *super quibusdam*, 26. §. *præterea*, *de verb. signif.*

(12) Conforme con la l. 1. D. *de mundin.* y con la l. 2. tít. 1. Part. 2; entiéndase, al efecto de que sean privilegiadas, segun lo dicho en la nota 10; de otra suerte podrán celebrarse sin especial permiso, dado que el comercio es de derecho de jentes, l. 5. D. *de justit. et jur.* — * Véase la adicion á la nota 10.

(13) A no ser que la deuda provenga de delito, segun Bald. en la l. 1. C. *de mundin.*

(14) Nótense estas palabras, pues que en este punto el derecho comun no es tan esplícito: en efecto, la l. 1 *C. de nundin.* habla tan solo del que alcanzó la autorizacion para celebrar la feria: de ahí es que si este fuese el señor del lugar parece que los vecinos del mismo podrán reconvenir á los comerciantes que asisten á la feria

marles (15) ninguna de las cosas suyas, en quanto la feria durare. Pero los pleytos, e las debdas, que los mercadores fizieren, despues que vinieren a las ferias nueuas, o a las otras viejas; o las que ouieren fechas, a otra parte, a que prometieron de complir, e de pagar en ellas; tenudos son de las complir: e si non quisieren, puedenlos apremiar los Alcaldes, e los Mayorales de las ferias, que los cumplan. Otrosi dezimos, que si algund ome, o Concejo, ouiere priuilejo, que pueda fazer feria nueua, assi como sobredicho es, e despues que lo ouiere, pasaren diez años (16) que non vsen del, que de alli adelante non le deue valer.

LEY 4. *Como los Mercadores, e sus cosas, deuen ser guardados.*

Las tierras, e los lugares, en que vsan los mercadores a leuar sus mercadurias, son porende mas ricas (17), e mas abondadas, e mejor pobladas: e por esta razon deue plazer a todos con ellos. Onde mandamos, que todos (18) los que vinieren a las ferias de nuestros Reynos, tambien Cristianos, como Judios, e Moros (19), e otrosi los que vinieren en otra sazon qualquier a nuestro Señorio, maguer non vengan a ferias, que sean saluos, e seguros (20) sus cuerpos, e sus aueres, e sus mercadurias, e todas sus cosas, tambien en mar, como en tierra; en viniendo a nuestro Señorio, e estando y, en yendose (21) de nuestra tierra. E defendemos, que ninguno non sea osado, de les fazer fuerça, nin tuerto, nin mal ninguno. E si por auentura alguno fiziesse contra esto, robando alguno dellos lo que traxesse, o tomandogelo por fuerça; si el robo, o la fuerça pudiere ser prouado, por prueuas, o por señales ciertas, maguer el mercader non prouasse, quales eran las cosas que le robaron, nin quantas; el Juez de aquel lugar, do acaesciesse el robo, deue rescebir la jura del, catando primeramente, que ome es, e que mercadurias suele vsar a traer. E esto catando, apreciando la quantia, sobre las cosas que le da la jura, deuele fazer entregar de los bienes de los robadores, todo quanto jurare (22) que le robaron, con los daños, e los menoscabos quel vinieron por razon de aquella fuerça quel fizieron; faziendo de los robadores aquella justicia, que el derecho manda. E si los robadores non pudieren ser fallados, nin los bienes dellos non cumplieren a fazer la emienda, el Concejo, o el Señor (23), so cuyo Señorio (24) es el lu-

sin embargo lo contrario establece esta ley, é igual parece ser la intencion de la cit. l. 1., pues que parece que quienes han alcanzado el permiso son los mismos vecinos, en provecho de los cuales las ferias se celebran; añád. Ang. en la l. 19. §. 1. *D. de judic.* col. 3., donde dice que si se celebran ferias en Florencia, no pueden accionar los florentinos que acuden á ellas.

(15) Añád. l. últ. tít. 7. lib. 6. del Ordenam. Real.

(16) Añád. l. 42. tít. 18. Part. 3. y lo que en ella digo.

(17) Añád. Glos. en la l. 1. *C. de nundin.*: útil es al público la concurrencia de comerciantes, segun Bald. en la l. 5. *C. ad Maced.*, y v. l. 2. *D. de nundin.* y allí Bart.: no obstante, mayor consideracion merece una ciudad cuando abunda en productos de su propio territorio, que no si se provee de ellos por el comercio; lo primero parece ser mas seguro, tanto á causa de las eventualidades de guerras, como por los riesgos que ofrecen los caminos: es esto tambien mas útil para la conservacion de la ciudad, dado que en el caso contrario necesita para los abastos, de la concurrencia de tratantes, lo que produce el contínuo roce con estranjeros, circunstancia que espone á la corrupcion de costumbres, segun dice Aristot. en su política; porque necesariamente ha de suceder que los naturales presencien la práctica de diferentes leyes, y de varios usos, distintos de aquellos bajo los cuales han sido educados: así se espresa Santo Tomás, 2. *de regim. Princip.* cap. 3.

(18) Esto es, aquellos que no tienen impedimento legal; pues ni á los desterrados, ni á los confinados, parece alcanza el salvoconducto, l. 4. y 27. *D. de pœn.* y Bald. en la l. 1. *C. de nundin.*

(19) No se entienda de aquellos con los cuales está en guerra, dado que mas arriba dice la ley: *de nuestros Reinos*, y lo manifiesta la l. 4. *C. de comerc. et mercat.*: v. l. 22. tít. 5. de esta Part. y Bart. en la l. últ. *D. ad leg. Jul. majest.*

(20) Esta seguridad es mas completa que la concedida por la l. 1. *C. de nundin.*

(21) ¿Era menester espresar esto, ó bastaba haber dicho que se concedia salvoconducto á los que viniesen á la feria? v. l. 5. *D. de sepulcr. viol.* y l. 1. *C. de navicul.* y en ellas Bart., y Alex. consil. 46. vol. 2.

(22) Añád. l. 9. *C. unde vi*, l. 8. tít. 3. de esta Part. y l. 11. tít. 9. y l. 9. tít. 10. Part. 7.

(23) Nótese esto pues que en el derecho comun no se halla tan espresamente dispuesto; en efecto la l. 7. *D. de incend. ruin. naufr.*, no lo decide con tanta claridad, y de otra parte la Novel. 134. cap. 4. establece lo contrario. Concrétese la responsabilidad del concejo ó del señor, segun Balt. y Ang. en la cit. l., al caso que hubiesen podido impedir el robo y no lo hicieron: y

gar do fue fecho el robo, gelo deuen pechar de lo suyo.

LEY 5. *De los Portadgos, e de todos los otros derechos, que han a dar los Mercadores, por razon de las cosas que lleuan de vnos lugares a otros.*

Guisada cosa es, e con razon, que pues que los mercadores son seguros (25), e amparados del

segun Ang. se entenderá que pudo prohibirse si se descuidó el colocar fuerza armada en los lugares sospechosos, esto es en aquellos donde se suelen cometer robos y otros delitos; pues que tal es el deber de las ciudades y de los señores, segun la l. 1. *C. de litor. et itiner. custod.* y Bald. en el cap. 1. *de his qui feud. dar. poss.* en la parte *marchio*, col. 2., quien dice que es deber de los condes y barones el limpiar de ladrones el territorio por donde cobran los portazgos. Adviértase tambien que cesa la responsabilidad cuando no pudo vencerse á los agresores por razon de lo imponente de sus fuerzas, segun Bald. en la l. 7. *C. de his quib. ut indign.*, á tenor del cap. últ. *de pœn.* lib. 6. y de la l. 41. *D. locat.* y en ella el mismo Bald.: lo que se deduce ya bastante de lo dicho anteriormente: y por la misma razon si el delito se cometió en los confines del territorio de la ciudad ó villa, y el agresor salió al momento de dicho territorio; ó bien si se cometió de noche de manera que no pudiesen tener noticia de él los vecinos ó el señor; ni este ni aquellos serán responsables del daño recibido, segun Bart. en la l. 1. §. 17. *D. ad Silan.*, en la cit. l. 7. D. *de incend., ruin., naufr.* y en la l. 4. D. *de noxal.*; pero téngase presente lo que llevamos dicho, siguiendo á Ang., á saber, que la ciudad ó el señor del territorio están obligados á mantener la seguridad de los caminos, y añád. Ang. de Aret. en su trat. *maleficior.* en la parte *fama pública*, col. 14. vers. *quid si statuto*, que podrá verse: y ciertamente, cuando el señor ó la ciudad gozan del derecho de exijir un tributo, como dice Bald. en el cit. §. *marchio*, procederá la decision de Ang.; empero, si no lo perciben tal vez no estarán obligados á custodiar los confines, y si ignoraron ó no pudieron impedir el delito, no podrá reconvenírseles para la reparacion del daño. Empero, así como se prueba mediante juramento la estimacion de las cosas robadas, cuando se acciona contra el ladron ¿se dará lugar á la misma prueba al accionarse contra la ciudad ó contra el señor del territorio? Bart. en la cit. l. 7. col. 2. vers. *quæro tunc*, sostiene que tan solo es admisible contra el delincuente; v. Bald. en el §. *conventiculas*, col. 2. *de pace juram. firm.*, donde latamente trata esta cuestion. Adviértase tambien que si el vecino de una ciudad ha sido robado dentro del territorio de la misma, deberá ser comprendido en la derrama que se eche para la reparacion, segun Bart. y Nicol. de Neapol. en la l. 36. §. 1. *D. de excusat. tutor.*: añádase tambien á esta ley la l. últ. tít. 13. del Ordenam. Real y la ley 76 del Estilo. ¿Qué diremos si el delito se hubiese cometido en el punto donde confinan dos ciudades ó villas? Cada una de ellas quedará solidariamente obligada, y pagando la una quedará libre la otra, segun Bald. en la l. 6. *C. de condit. incert.* col. 5.: añádase á esta materia lo que nota Luc. de Pen. en la l. 2. C. *de naufr.*, donde puede verse si es menester que preceda intimacion para que se procure la seguridad.—* Cuando se escribieron las leyes de Partida, la accion del Gobierno no se estendia fácilmente á todos los ángulos de la monarquía castellana, de suerte que los ajentes de aquel pudiesen alcanzar á la mayor parte de los criminales. Un amalgama de guerra y anarquía habia acostumbrado al pueblo y á los poderosos á las talas y al saqueo; y si se pretendia robar á la sombra de un pretesto, no faltaba nunca una injuria recibida, ya reciente, ya antigua. En tal estado de cosas, fácilmente se concibe que la dispocicion de esta ley, haciendo responsables los señores y los concejos, era de necesidad absoluta; al paso que no creemos que ningun tribunal pretendiese aplicarla en nuestros tiempos.

(24) De que señorio deba entenderse lo espone Bald. en la cit. l. 7. D. *de incend., ruin., naufr.*, donde concluye que la disposicion es aplicable así al dueño de la heredad donde se cometió el delito, como al señor de la ciudad ó villa, es decir, si pudo impedirlo y no lo hizo: y lo mismo tal vez deberá decirse de los señores que gozan de la jurisdiccion perpétua en virtud de nombramiento del Rey, á los cuales los llamamos señores jurisdiccionales, como lo trae Juan Fab. en el §. 3. *Inst. de act.* col. 7.: lo mismo parece tendrá lugar respecto de los corregidores ó de los jueces perpetuos; pues que con razon puede llamarse señor el que goza de preeminencia, l. 3. §. 1. D. *de publican.* y segun lo anotado por Bart. en la l. 34. *D. de legat.* 2. Y si el juez que anduvo negligente en precaver los delitos dentro de su territorio fuese de la clase de los temporales ¿será responsable de la indemnizacion? así parece por no mediar razon de diferencia en este punto, l. 6. §. 3. y 5. *D. de offic. præsid.*: todo juez debe cuidar de precaver los delitos, Bald. en la l. 2. *C. de serv. fugit.*, añád. l. 9. *C. de transact.* y véase la cit. l. últ. tít. 13. lib. 2. del Ordenam. Real.

(25) Con estas palabras parece comprobarse

Rey, por todo su Señorio, que ellos, e todas sus cosas le conozcan Señorio; dandole portadgo (26) de aquello que a su tierra traxeren a vender, e sacaren ende. E porende dezimos, que todo ome que aduza a nuestro Señorio a vender algunas cosas, qualesquier, tambien Clerigo (27), como Cauallero, o otro ome qualquier que sea; que deue dar el ochauo (28), por portadgo, de quanto traxere y a vender, o sacare. Fueras ende, si algunos ouieren preuillejo de franqueza (29) en esta razon. Pero si alguno traxere apartadamente algunas cosas, que ouiere menester para si mismismo (30), o para su compaña (31); assi como para su vestir, o para su calcar, o para su vianda; non tenemos por bien, que de portadgo de lo que para esto traxere, e non lo vendiere (32).

la opinion de Raym. referida por el Hostiens. en la suma tít. *de censib.* §. *ex quib caus.* vers. *sed nunquid sine causa*, y consiste que para la concesion del portazgo se requiere causa, por ej. el mantenimiento de la seguridad de los caminos, la persecucion de los piratas, la defensa de la fe ó de la patria contra los paganos ó los hereges, ú otra causa semejante: en cuyos casos el que cobra el portazgo puede hacerlo sin escrúpulo de conciencia si cumple el objeto para el cual dicho tributo se impuso; así como si hallándose la tierra en paz lo cobra para emplearlo cuando la necesidad se presente: trata de este punto mas latamente el Hostiens. al cual véase.

(26) En la l. 3. *C. de vectigal.* esos tributos se llaman *portoria*, porque se cobran de las cosas que se transportan, añád. l. 6. tít. 28. Part. 3.

(27) Se refiere al clérigo traficante, pues que los demás están exentos, segun el cap. últ. *de vit et honest. cleric.*, el cap. *quamquam*, 4. *de censib.*, la Clement. *præsenti*, 3. del mismo tít. y la l. 3. del cuaderno de las alcabalas: porque los clérigos comerciantes están tenidos como los legos en cuanto á los actos de comercio, segun la l. 2. C. *de episcop. et cleric.* Estos clérigos, pues, no son clérigos propiamente tales segun Bald. en las adic. al *Specul.* tít. *de reo*, vers. *scolaris clericus*, donde alega el cit. cap. últ. y dice que el clérigo curtidor puede ser reconvenido, por lo que mira á esa arte, ante el juez seglar, l. últ. C. *de jurisdict. omn. judic.*: mientras no se pruebe lo contrario será creido el clérigo que jura no verificar la importacion con la mira de ejercer el comercio, segun una glosa notable en la cit. Clementina 3. *de censib.* sobre la palabra *non negotiandi*: en cuanto á las circunstancias que hacen presumir que el clérigo ejerce el comercio, las fija Abbas en el cit. cap. últ. al fin. Sobre esta materia V. Felin. en el cap. *Ecclesiæ Sanctæ Mariæ, de constit.* col. 47.

(28) Añád. l. 7. y 8. C. *de vectigal.* En nuestro reino no se acostumbra pagar esa octava parte, sino que se exige la décima de todas aquellas cosas que se introducen con la mira de negociar, segun la l. 18. tít. 9. lib. 6. del Ordenam. Real; y aun en algunas provincias es menor el derecho, como en Sevilla y en otros lugares donde ese tributo se llama *almoxerifadgo*: en una palabra se atiende en este punto á la costumbre, segun la l. 4. §. 2. D. *de publican.* y allí la Glosa. Hacen mencion de ese tributo que se llama *almoxerifadgo* Baldo en la l. 3. C. *de privil. fisc.* y varias leyes del reino, como la l. 25. tít. 9. Part. 2., la l. 13. tít. 18. Part. 3., la l. 7. tít. 14. Part. 7., la l. 13. tít. 10. lib. 6. del Ordenam. Real y muchas otras. La octava parte de que se habla aquí no debe entenderse de la cosa misma sino de su estimacion: empero sino se paga, se confisca la octava parte de la cosa misma; y por hallarse condueño el fisco, puede vender el total al efecto de conseguir dicha octava, segun la l. 1. C. *de vendit. rei fisc. cum privat. commun.*; esto cuando se hizo la denuncia, pues que mediando ocultacion ó fraude se confiscará el total, como lo manifiesta mas abajo esta misma ley: véase la Glos. en la l. 14. D. *de publican.* la que trata muy bien esta materia, así como lo anotado por Juan de Imol. en dicho lugar.

—*Esta materia, como perteneciente á la administracion, es de las que en los tiempos modernos han sido mas objeto de disposiciones legales y reglamentarias, las que, tanto por corresponder el órden administrativo, como por tener en cierta manera el carácter de transitorias, no entran en nuestro plan.

(29) Esto es con derogacion de las leyes, segun la l. 6. C. *de vectigal. et commiss.* y la l. 3. C. *de precib. Imperat. offer.*: véase lo que dije en la glosa magistral a l. 10. tít. 18. Part. 3.

(30) Añád. l. 5. C. *de vectigal. et commiss.*, l. 4. §. 1. D. *de publican.* y l. 4. D. *naut. caup. stabul.*; y mientras no se pruebe lo contrario es creido el que jura hacer la importacion para su uso y consumo: á no ser que hiciera presumir otra cosa la calidad de la persona, segun Juan de Platea en la l. 1. C. *de litor. et itiner. custod.*, y allí espresa que la instruccion ó prueba debe ser breve.

(31) Adopta la opinion de la Glos. en la l. 5. C. *de vectigal et commiss.*, donde Jacob. de Aret. sostenia lo contrario, segun Alber. C. *de vectigal. et commiss.*

(32) Síguese pues del hecho de venderlo, que no lo introdujo para su uso: esto tal vez deberá entenderse del caso en que vende al momento la mercancia importada; pues que, si despues de haberse servido de ella la vende, ya sea por haber cambiado de propósito, ya sea

Otrosi dezimos, que trayendo ferramientas (33) algunas, o otras cosas, para labrar sus viñas, o las otras heredades que ouiere, que non deue dar portadgo dellas, si las non vendiere. E avn dezimos, que de ninguna de las cosas que traxere para el Rey (34), quier para presentargelas, o de otra guisa, que non deue pagar portadgo dellas; fueras ende, si gelas vendiere. Esso mismo dezimos, que de los libros (35) que los escolares traen, e de las otras cosas que han menester para su vestir, e para su vianda, que non deuen dar portadgo. Otrosi dezimos, que si algunos vinieren por mensajeria (36) *(f)* del Rey, que non sean sus enemigos, e quisieren leuar algunas cosas a sus tierras, de aquellas que non son defendidas de sacar del Reyno, que non deuen dar portadgo dellas. Pero deuen tomar la jura dellos, que aquello que lleuan, que non es para otri, si non para si mismos, e non para mercaduria. Otrosi dezimos, que todos los mercadores que leuaren mercadurias del Reyno, o las traxeren y, que deuen yr por los lugares do se suele pagar (37) el portadgo, e dezir verdad (38) a los almoxarifes, de quantas cosas traen, o lieuan; non encubriendo ninguna cosa, por fazer perder el portadgo, a aquellos que lo tomaren por Nos. E si algunos contra esto fizieren, mandamos, que quanto desta guisa encubrieren, que lo pierdan (39). Fueras ende, si algun *(g)* Cauallero traxere algunas cosas para si, de que se deue dar portadgo, e las encubriere: ca este atal, non tenemos por bien que gelo tomen todo, mas que le fagan dar el portadgo todo, tambien de lo que encubrio, como de lo que manifestare, e dexenle lo suyo (40). Otrosi dezimos, que todos quantos leuaren del Reyno cauallos (41), o otras cosas qualesquier, de las que son defendidas de sacar, deuen perder todo lo que desta guisa sacaren. Fueras ende aquellos, a quien Nos otorgamos poder por nuestras cartas, que lo puedan sacar.

LEY 6. *De los Mercadores que andan descaminados, por furtar, o encubrir los derechos que han a dar, de las cosas que lieuan.*

Descaminados andan los mercadores a las vegadas, por furtar, o encubrir, los derechos que han a dar, de las cosas que lieuan. Onde dezimos, que qualquier que esto fiziesse, que deue perder todas las cosas (42) que leuare desta manera. Pero si aquel que andouiesse descamiuado, ouiesse ya pagado el derecho, o el portadgo, que auia de pagar. mostrando ende aluala, o prueua derecha, que fuesse de creer, non caeria en esta pena sobredicha: nin deuen embargar a el, nin a sus cosas, por esta razon. Otrosi dezimos,

(f) á la corte del rey que Acad.

por precisarle la necesidad, parece que no deberá satisfacer el tributo, arg. l. 1. C. *de impon. lucrat. descript.*, junto con lo que allí nota Juan de Plat. col. últ., l. 12. D. *ad Maced.* y l. 1, §. 9. D. *de exercitor.*

(33) Añád. l. 5. C. *de vectigal.* donde la Glos. y Alber. dicen que no procede respecto de lo que se introduce para hacer ó rehacer alguna casa.

(34) Añád. l. 9. §. 8. D. *de publican.*, y Bart. en ella, l. 5. del Cuaderno de las alcabalas y l. 2. C. *an serv. ex suo fact.*

(35) Añád. la Glos. en la auth. *habita,* C. *ne fil. pro patr.* donde puede verse Bald., y Juan de Plat. en la l. 3. C. *de muner, patrim.* y en la l. 6. C. *de professor. et medic.*: en la Glos. á la l. 4. §. 1. D. *de publican.* pueden verse otros que no pagan tributo.

(36) Añád. l. 8. C. *de vectigal.*

(37) Es pues culpable el que se aparta del verdadero camino, l. 5. C. *de cursu public.*; y segun Bald. en la l. 3. C. *de nautic. fœnor.* se presume intentar fraude el que se aparta del camino acostumbrado: debe pues alejarse la ocasion de delinquir. Es evidente que no se presumirá intencion de defraudar en el que se aparta del camino recto, por miedo de enemigos ó por otra causa semejante, l. 2. §. 8. D. *si quis caut. judic. sist.*, y Bald. en la cit. l. 3. col. últ. al fin.

(38) Añád. l. 3. C. *de vectigal.* junto con la Glos.

(39) Esto es, al momento y por el mero hecho de la contravencion, l. 14. D. *de publican.*; pero véase lo que digo en la nota 46, y la Glos. en la cit. l.

(40) Igual privilegio concedia la cit. l. 8. C. *de vectigal.*: parece que tambien corresponderá á la Iglesia, segun el §. *novarum* y allí la Glos. en la parte *translationis,* 16. q. 1. y la Glos. en el cap. *si tributum,* 11. q. 1.: ¿y si la Iglesia no pagase el cánon enfitéutico? véase el *Specul.* tít. *de restit. in integr*, §. *quis autem*, col. 8. junto con la adicion, y Bald. en la l. 5. C. *de Sacros. Eccles.* y en el cap. 1. *de alien. feudor.* col. 3. Por lo que mira al menor véase la l. sig.

(41) Por ahí se ve que es antigua la prohibicion de estraer caballos del reino.

(42) Hoy dia no se confiscan las mercancías, sino que se paga el cuádruplo, segun la l. 9. tít. 10. lib. 6. del Ordenam. Real: sin embargo, si se trasportasen por caminos estraviados se aplicará esta ley de Partidas; concretándose la del Ordenam. al caso en que el comerciante las trasporte por el camino regular y trate de evitar el pago. — * Véase la adicion á la nota 27.

que si alguno que fiziesse algunos destos yerros, fuesse menor de catorze años (43), que non caeria en esta pena, queriendo dar el portadgo. Esso mismo dezimos que deue ser guardado, si aquel que lo fiziesse fuesse mayor de catorze años, e menor de veynte cinco años (44); fueras ende, sil fuesse prouado, que lo fiziera a sabiendas maliciosamente (45). E aun dezimos, que si algund ome passasse su sieruo por lugares do deuiese dar portadgo, e non lo diesse; si despues desso lo aforrasse (46), non es tenudo el señor, nin el sieruo, de perder porende ninguna cosa, nin de dar el portadgo (47): e esto es por razon del franqueamiento. Mas si el sieruo passasse, assi como sobredicho es, non dando portadgo del, e non lo aforrasse; entonce, si los portadgueros lo sopieren, e demandaren el sieruo, deuelo perder (48). Otrosi dezimos, que passando algun ome, bestia, o otra cosa biua, de que non de portadgo, que si ante que gela demanden los portadgueros, se muriere, o se pierde, aquella cosa que assi passasse, que non es tenudo el que la passo, de dar la estimacion (49) della. Otrosi dezimos, que si los portadgueros fueren negligentes, en non demandar por cinco años (50) las penas, e los derechos (51) sobredichos, a los que tales yerros ouiessen fecho, que dende en adelante non lo podrian demandar a ellos, nin a sus herederos.

LEY 7. *De las rentas de los portadgos, que se pusieren nueuamente en la Villa, o en otro lugar.*

De las rentas de los portadgos, que se pusieren nueuamente (52) en las Villas, o en otro lu-

(43) Añád. l. 7. al fin D. *de publican.*

(44) Añád. l. 9. §. 5. D. *de minor.*, y en este lugar dice la Glos. que si el menor paga dentro de treinta dias quedará libre *ipso jure;* pero que si deja pasar mas tiempo será menester que recurra á la restitucion por entero; mediante cuya distincion entiende dicha ley, así como la cit. l. 7. D. *de publican.:* empero, nuestra ley hace innecesaria la restitucion.

(45) Añád. l. 9. cit. §. 5. D. *de minor.*, fundado en la cual dice Bald. en el cap. 1. §. 1. *de prohibit. feudor alien. per Freder.*, que si el señor del feudo quiere que al menor no se le conceda la restitucion por no haber solicitado la investidura dentro del año, puede constituirlo en verdadera contumacia, mediante requirimiento hecho por conducto de la curia: añád. l. 23. C. *de administrat. tutor.*, Juan de Plat. en la l. pen. C. *de fid. et jur. hast. fiscal.* y la l. 2. C. *de fund. patrim.*

(46) Añád. l. 1. C. *de vectigal.*, y nótese que aun cuando se hubiese ocultado la calidad del esclavo y no se hubiese satisfecho el tributo, subsiste la manumision ejecutada antes de haberse instituido la accion de comiso, sin que el dueño por otra parte responda de cosa alguna; lo que está en oposicion con la opinion de la Glos. y de la generalidad de los DD. en d. l. 1, quienes la entienden del caso en que no habiéndose ocultado que se importaba un esclavo se hubiesen dejado de pagar los derechos del fisco; y le dan esa interpretacion para que no se halle en oposicion con la cit. l. 14. D. *de publican.*, segun la cual la falta de denuncia trae consigo al momento la confiscacion de la cosa, y de consiguiente en nuestro caso el dueño ha dejado de ser tal cuando manumite al esclavo, así es que la manumision debe ser nula. Ciertamente no carece de fuerza el argumento; así que, tal vez convendrá decir, que en virtud de estas leyes de Partida la cosa no cae en comiso de derecho por la sola falta de denuncia sino que será menester que haya recaido sentencia; lo que quiso indicar la ley anterior con la palabra *pierdan*, la que se refiere á la sentencia y no á la pérdida del derecho *ipso jure*, segun la Glos. y los DD. en la l. 7. C. *unde vi* y Felin. en el cap. 2. *de rescript.*, col. 2, así como esta ley que quiere subsista la manumision anterior á la demanda de comiso.

(47) Lo contrario decian los DD. en d. l. 1. C. *de vectigal. et commiss.*, aun en el caso en que consideraban subsistente la manumision.

(48) Por ahí se ve que esta ley comprende tambien el caso en que el esclavo se decomisa; lo que no tiene lugar cuando no se ha hecho mas que omitir el pago de los derechos, es decir, siempre que no se ha ocultado la calidad del esclavo: así pues, segun esta ley subsistirá la manumision hecha antes de la demanda de comiso, aunque hubiese tenido lugar la ocultacion indicada.

(49) Añád. l. 2. C. *de vectigal.:* así pues, aunque la cosa caiga en comiso, el deudor de nada responde, si la misma perece por caso fortuito ó por culpa leve ó levísima; pero sí, cuando pereciese por dolo ó culpa lata, segun d. l. 2.: de lo que infiere Bald. que si alguno introducia trigo fraudulentamente, por cuyo motivo debió perderlo, no se le exigirá el precio del mismo, si fué robado por los piratas.

(50) Añád. l. 2. C. *de vectigal.*, Francisco Balb. en el trat. *præscript.*, char. 50. col. 3. vers. *si verò non sunt incorporata*, y Bart. en la cit. l. 14. al fin, D. *de publican.*

(51) Nótese esto, pues que no disponia acerca de los derechos d. l. 2., y añád. l. 129 del cuaderno de las alcabalas.

gar, dezimos, que deue auer el Rey las dos partes, e la Cibdad, o la Villa, o el Castillo, do lo toman, la tercera (53), para fazer los muros, e las torres de los lugares do lo tomaren, e para las otras cosas que lo ouieren menester, que sea a pro de todos (54) comunalmente. Pero los otros portadgos, que antiguamente acostumbraron los Reyes a tomar para si en algunos lugares, ellos los deuen auer enteramente. Otrosi dezimos, que estos portadgos, e los otros derechos, e las rentas del Rey, deuen ser publicamente arrendadas, metiendolas en almoneda (55); e qual mas diere por ellas, esse las deue auer. Pero qualquier que las arrendare, non las deue tener mas de tres años (56). E si en este tiempo de los tres años prometiere otro alguno, de dar mas de la tercera parte (57) del arrendamiento por ello, puedenlas tomar a los que las touieren arrendadas, e dar a aquel que mas diere por ellas.

LEY 8. *De como aborrescen los Mercadores a las vegadas, de venir con sus mercadurias a algunos lugares, por el tuerto, e demasias que les fazen, en tomarles los portadgos.*

Aborrescen (58) los mercadores a las vegadas, de venir con sus mercadurias a algunos lugares, por el tuerto, e el demas que les fazen, en tomarles los portadgos. E porende mandamos, que los que ouieren a demandar, o a recabdar este derecho por Nos, que lo demanden de buena manera. E si sospecharen, que algunas cosas leuaren demas de las que manifiestaren, tomenles la jura, que non encubran ninguna cosa. E desque les ouierren tomada la jura, non les escodriñen (59) sus cuerpos, nin les abran sus arquetas, nin les fagan otra sobejania, nin otro mal ninguno. Ca assaz abonda, que les tomen la jura, e de atender la pena que deuen auer, si fallaren despues en verdad, o por otra manera qualquier, que encubrieron alguna cosa. Otrosi dezimos, que si los portadgueros, que ouieren de recabdar los derechos de los nuestros lugares, tomaren, o forçaren, a los omes que por y passan, alguna cosa demas, de lo que ouieren a tomar con derecho, que lo tornen doblado (60) a aquellos a quien lo tomaren, quando quier que gelo demanden, fasta vn año. E si vn año passare, que gelo non demanden, dende en adelante, que non sean tenudos de pechar el doblo; mas que den aquello que assi tomaren tan solamente, o otro tal, e tan bueno, o el precio dello. Esso mismo dezimos que seria, si los portadgueros tornaren de su voluntad ante del año, aquello que ouiessen tomado, non gelo demandando los otros por juyzio.

LEY 9. *Que ningun ome non puede poner portadgo, ni Concejo, ni Eglesia, en todo el Señorio del Rey, sin su mandado.*

Nueuamente (61) non pueden poner portadgo, ningun ome, nin Concejo, nin Eglesia, en todo

(52) Nótese esta palabra, pues que la l. últ. C. *de vectigal.* de la cual esta se ha tomado no es tan esplícita en este punto.

(53) Téngase bien presente esta ley por lo que mira á la tercera parte que las ciudades pueden pretender respecto de las nuevas gabelas y portazgos que se les impongan. — * Hállase esto en oposicion con el nuevo sistema político: por lo que hace á lo restante de la ley, véase la advertencia puesta á continuacion de la nota 27.

(54) Añád. l. 10. tít. 28. y l. 20. tít. últ. Part. 3.

(55) Añád. l. l. 1 y 4. *C. de fid. et jur. hast. fisc.*, junto con la Glos., y en la primera Juan de Plat., la auth. *hoc jus porrectum. C. de Sacros. Eccles.*, Bald. en la l. 3. C. *de execut. rei. judic.* y las l. l. 41 y 44 del cuaderno de las alcabalas.

(56) La disposicion de la l. 4. C. *de vectig.* de la cual esta se ha sacado no es idéntica: espresa d. l. 4. que no deben darse en arriendo por menos de tres años, pasado cuyo término deberán subastarse de nuevo

(57) Hoy dia es la cuarta parte, segun la l. 76 del cuaderno de las alcabalas, el cual ha hecho algunas variaciones en este punto, v. d. l. y la 52.

(58) Esto es muy cierto, de ahí es que decia Bald. en la l. 3. al fin, C. *de naut. fœnor.* que si el Rey impuso un *groso* ó drachma por cada carga, y los encargados de cobrar exigen dos, será lícito burlar su vigilancia, porque son verdaderos ladrones: el perjuicio que de esto resulta al erario, debe serle resarcido por sus mismos dependientes que se lo causaron; arg. l. 12. §. últ. *D. de liber. caus.*

(59) Téngase presente esta ley, pues que si no me engaña la memoria, el derecho comun no es tan esplícito en esta parte; si bien Juan de Platea en la l. 2. C. *quando et à quib. quarta pars deb.* col últ. dice que en virtud de dicha ley puede sostenerse que el publicano carece de facultad para precisar al viagero á que desate los fardos que trae consigo, á fin de que no tenga que poner de manifiesto sus riquezas ó su pobreza: hace al caso la l. 1. §. 41. D. *depos.*: sin embargo, dice el mismo Juan de Plat. que la Glos. sostuvo lo contrario, porque tambien se comete fraude con pequeños fardos, segun la l. 1. §. 4. D. *de falsis.*

(60) Añád. l. 1. princ. §. 1., l. 5. §. 1. y l. 6. D. *de publican.*

(61) Añád. l. 1. §. 1. D. *ad leg. Jul. de ambit.* y

el Señorio del Rey, si non fuere por su mandado. Pero el Rey (62) puedelo poner, e aun otorgar poder a otri, que lo ponga, si entendiere que lo ha menester, por mejorar algun lugar (63) que esta muy pobre (64), o por ser el camino mas seguro (65), o por otra razon semejante (66) déstas. E porende dezimos, que si alguno pusiere portadgo nueuamente, sin mandado del Rey (67), que non vala: e sea tenudo de tornar doblado (68) todo lo que tomare. E otrosi dezimos, que si el portadguero maliciosamente acresciere, o menguare el portadgo que era puesto antiguamente, que deue ser echado porende de la tierra (69); e lo que demas tomare, deuelo pechar, assi como dicho es (70).

TITULO VIII.

DE LOS LOGUEROS, E DE LOS ARRENDAMIENTOS.

Alogar, e arrendar, son dos maneras de pleytos, que vsan los omes de so vno: e como quier que algunos cuydan que son de vna manera, pero ha departimiento entre ellos. Onde, pues que en los Titulos ante deste fablamos de las vendidas, e de las compras, e de los mercadores, que acostumbran a fazerlas mas amenudo, que los otros omes; queremos dezir en este Titulo, de los logueros, e de los arrendamientos. E mostraremos, que cosa es loguero, e arrendamiento. E quien lo puede fazer. E en que manera deue ser fecho. E de que cosas. E quanto tiempo dura. E en que sazon deuen dar los arrendadores las rentas, o el loguero que prometieron. E a quien pertenesce el pro, o el daño, si la cosa arrendada, o el fruto della, se mejora, o se empeora, o se pierde. E como, despues que es complido el tiempo del arrendamiento, o del loguero, deue ser tornada la cosa a su dueño.

allí Bart., l. 2. tít. 1. Part. 2., l. 5. tít. 10. Part. 7. l. l. 1. 3 y 7. tít. 10. lib. 6 del Ordenam. Real, l. 118. del cuaderno de las alcabalas, y la Glos. en el cap. *si quis romipetas*, 24. q. 3.: adviértase que se dirá imposicion nueva, ya lo sea del todo, ya se aumente un tributo ó derecho antiguo, l. 10. princ. D *de publican.*, Salic. en la l. 2. C.. *vectig. nov. instit. non poss.*, y hace al caso la l. 1. §. 11. D. *de nov. oper. nuntiat.*: así pues, los barones no podrán sugetar á sus vasallos á otras servidumbres corporales que las autorizadas por la costumbre antigua ó sancionadas por la convencion, l. 1. C. *ne oper. à collator. exig.* y allí Juan de Plat. — * Sobre la imposicion de arbitrios, véase la ley de 3 de febrero de 1823. artíc. 114 y sigs., y la de 17 de julio de 1837, art. 3°.

(62) Será de consiguiente una de las regalías, d. l. 2. tít. 1. Part. 2. y d. l. 2. C. *nov. vestig. instit. non. poss.*

(63) Nótese que los privilegios concedidos á ciudades villas ó lugares, son reales y perpetuos, l. 4. §. 3. *D. de cencib.* y l. 10. C. *de vectigal.*, en la que así lo espresa Bald. ¿Qué dirémos si el privilegio no se concediera á la ciudad sino á sus habitantes? Parece que lo mismo tendrá, segun la l. 2. D. *de reb. dub.*; la disposicion de esta ley, á saber que el legado hecho á los habitantes, se entiende ordenado á favor de la ciudad, la limita Paulo al supuesto que el modo ó causa con que se hizo el legado no hiciesen presumir lo contrario, ó bien la calidad de la cosa legada, como lo declara Socin. en dicho lugar col. 2. fundado en el cap. *requisiti, de testam.*: véanse sobre la materia la l. 20. §. 1. D. *de ann. legat.* y Bald. en la 35. C. *de episcop. et cleric.*

(64) Esto está tomado de la l. 1. C. *nov. vectig. instit. non poss.*, allí *tenuis patira tua*, y de la l. 10. C. *de vectig.*

(65) Los que cobran los portazgos deben mantener la seguridad de los caminos, como llevo dicho en la l. 4. de este tít.: añád. Bad. en el §. *conventiculas*, col. 2. al princ. *de pace juram. firm.*

(66) Debe pues existir una causa poderosa para que puedan imponerse nuevos tributos, segun esta ley, el cap. *innovamus* 10. *de censib.* y d. l. 1.: incurren en pecado los Reyes que lo hacen sin causa segun Inoc. en d. cap. Acerca de si pecará tambien el exactor que cobra el tributo impuesto sin causa v. Andr. de Iser. tít. *quæ sunt regal.* en la parte *vectigalia*, quien dice que si el exactor sabe que el tributo se impuso sin causa, ó fuese esto notorio, caerá tambien en pecado, y el acto será un robo: por lo demás el exactor no debe meterse en indagaciones, bastándole que la imposicion dimane del Príncipe; véase al cit. Iser., el cual trata latamente esta materia.

(67) Adviértase que al solicitarse un rescripto del Príncipe para la imposicion de nuevos tributos en alguna ciudad ó villa debe hacerse mencion de los que ya pesan sobre la misma; faltando esta circunstancia el rescripto será subrepticio, arg. cap. *mandatum* 38. y cap. *litteris* 39. *de rescript.*, y lo sienta Alber. siguiendo á Oldrad. en la rubric. C. *nov. vectig.* al fin. Adviértase tambien que la costumbre inmemorial equivaldrá en este punto al privilegio, segun el cap. *super quibusdam* 26. §. *prætera, de verb. signif.* y segun Bart. y los DD. en la l. 4. §. últ. D. *de publican.* y en d. l. 2. C. *vectig. nov.*, donde puede verse particularmente á Salic.

(68) Las penas son mas rigurosas hoy dia por las leyes del Orden. Real., ll. 1. 3. 7. y 13. tít. 10. lib. 6. de d. Ordenamiento.

(69) Esta parte se tomó de la l. últ. C. *vectig. nov.*

(70) En la l. ant.

LEY 1. *Que cosa es Loguero, e Arrendamiento.*

Aloguero es propriamente, quando vn ome loga a otro, obras (1) que ha de fazer (*a*) con su persona, o con su bestia; o otorgar vn ome a otro poder de vsar de su cosa (2), o de seruirse della, por cierto precio, que le ha de pagar en dineros contados. Ca si otra cosa rescibiesse, que non fuessen dineros contados, non seria loguero (3), mas seria contracto innominato: assi como diximos en la postrimera ley del Titulo de los Cambios. E arrendamiento, segun el lenguaje de España, es arrendar (4) heredamiento, o almoxerifadgo, o alguna otra cosa, por renta cierta que den por ella. E aun ha otra manera, a que dizen en latin afletamiento; que pertenesce tan solamente a los logueros de los nauios.

LEY 2. *Quien puede arrendar, o alogar, e por quanto tiempo.*

Arrendar, e alogar, dezimos que puede todo ome, que ha poder de comprar, e de vender, segun diximos en el Titulo de las Vendidas, e de las Compras, en las leyes que fablan en esta razon. Pero los Caualleros, e los Oficiales de la Corte del Rey (5), non deuen ser arrendadores de campos, nin de heredamientos agenos: porque por tal razon como esta se podria embargar (6), lo que han a fazer en seruicio del Rey. E puede ser fecho el loguero, o el arrendamiento, en aquella manera que se pueden fazer las vendidas, e las compras, con plazer e otorgamiento de ambas las partes; e a tiempo cierto, o para en su vida del que rescibe la cosa a loguero, o del que la loga. E si por auentura logasse vno a otro casa, o otra cosa a tiempo cierto, e se muriesse (7) el que la auia alogada, en ante que el tiempo se compliesse, su heredero deue seruirse, e aprouechar de la cosa logada, fasta que se cumpla el tiempo: e es tenudo de pagar por ella, lo que deuia dar el finado que la auia alogado. Otrosi dezimos, que si se muriesse el señor de la cosa logada, que el heredero (8) es tenudo de guardar el pleyto, segun que lo puso el finado, e deuelo auer por firme. Otrosi dezimos, que todos los pleytos

(*a*) por su persona, ó otorgar un home Acad.

(1) Añád. l. 38. D. *locat.*

(2) Añád. ll. 3. y 5. *D. locat.* y l. 3. *C.* tít. cit.

(3) Añád. princ. y §. 1. *Inst. de locat.* y l. 1. §. 9. *D. depos.*—* ¿Y que nos importa, se dirá tal vez que el contrato sea inominado ó que se llame de arrendamiento? Mucho, atendida la legislacion de las partidas, pero poco ó nada despues de la ley del Ordenamiento. En efecto, las Partidas solo atribuyen fuerza obligatoria de un modo absoluto á los contratos nominados: á los inominados no se la conceden á menos que se hallen revestidos de la estipulacion, ó que una de las partes haya cumplido con lo que prometió, ll. 3. y 5. tít. 6. y princ. y l. 1. tít. 11. de esta Part. Empero, por la cit. ley del Ordenamiento (l. 1. tít. 1. lib. 10. de la Nov. Recop.) todo pacto es obligatorio: de consiguiente, aunque no se diga contrato de arrendamiento cuando el precio no se estipuló en dinero, por eso no dejará de producir las mismas acciones, salvo la diferencia en el precio, pues que los contratos inominados, cuando se trata de su ejecucion, se juzgan á tenor de lo establecido para los contratos nominados con los cuales tienen mayor semejanza.

(4) Es decir, dar por cierto rédito.

(5) Añád. l. 3. *C. locat.* y l. últ. *C. de rescind. vend.* junto con la Glos,

(6) Segun esto deberá entenderse de los que se hallan en activo servicio: así que, parece no alcanza esa prohibicion á los militares de nuestro tiempo, dado que permanezcan en el ocio; á lo menos no las alcanzará mientras no salgan á campaña: con esto está conforme Alber. en la l. 31. C. *de locat.* y en la l. 7. *C. de procurat.* Añádase que los Doctores no deben meterse en arriendos de tierras, pues que así lo exige el honor de la dignidad doctoral; V. Juan de Plat. en la l. últ. *C. de mancip. et colon. patrim. et saltuens.* —*Están prohibibos de tomar en arriendo las rentas reales los prelados, caballeros y demás personas poderosas, l. 1. tít. 10. lib. 10. Nov. Recop. Lo están igualmente los escribanos de ayuntamiento, los de las rentas y sus lugartenientes, respecto de las alcabalas y demás rentas de los pueblos y partidos donde tuvieren dichos oficios, l. cit. La primera prohibicion habrá caido en desuso, con los cambios que ha sufrido el sistema político, y el de la administracion de la justicia.

(7) ¿Qué diremos del heredero del que prometió hacer un edificio por cierto precio? en caso de duda parecerá mas probable que se atendió á la industria de la misma persona, y de consiguiente la obligacion no pasará á su heredero, l. 3. D. *de solut.* junto con la Glos., y véase Juan de Imol. en la l. 133. al fin *D. de verb. oblig.* y Alex. consil. 106. col. antepen. vol. 3. y atiéndase á la *limitacion* de esta regla, que resulta de la l. 9. de este tít.; y añádase que por punto general lo cargos industriales no pasan al heredero, l. 17. *C. de negot. gest.* y allí lo nota Alex.

(8) ¿El sucesor á un mayorazgo debe dejar subsistente el arriendo contratado por su ante-

que pusieren entre si los omes sobre los arrendamientos, e los alogamientos, que deuen valer,

cesor? Por la afirmativa parece estar esta ley, así como el que al sucesor á una baronía se le llama sucesor universal, segun Bald. en la auth. *cessante*, *C. de legit. hæred.*, y viene en apoyo de lo mismo el cap. 1. *de probat.*, donde se establece que el contrato celebrado por el Príncipe (y con mayoría de razon los celebrados por los demás señores) obliga al sucesor, véanse allí Bald. y Abb., y Cin. Bald. y los DD. en la l. 4. *C. de legib.*: apoya tambien lo mismo una glosa notable á la l. 7. §. 1. *D. solut. matrum.* sobre la parte *tertia portio*, allí *translatio fit ex necessitate*, etc., en fuerza de cuya glosa Bart. y otros DD. dan por regla que el sucesor, al cual de necesidad se verifica la restitucion, no puede despedir al colono admitido por su antecesor.

Obsta, empero, el que cuando uno no tiene el libre dominio, y sí meramente temporal, solo puede disponer bajo esa misma calidad y no libremente, Bald. en la l. últ. §. 2. *C. commun. de legat.* fundado en la l. 9. §. 1. *D. locat.*, y corrobora lo mismo la l. 69. § 1. *D. de legat.* 2. Además, por lo que mira al caso en que se da en arriendo un predio de la Iglesia por el prelado, el cual se asemeja mucho al sucesor al mayorazgo, tenemos la bella decision de Paulo de Castr. vol. 1. consil. 2., donde sienta que aun cuando hubiese celebrado el arriendo con ventaja de la misma Iglesia, y por un tiempo corto, el sucesor no queda obligado respecto del colono; y parte de que el antecesor no pudo dejar obligado con sus actos á su sucesor; y fúndase tambien en que el contrato quedó disuelto de derecho á causa de la falta de poder del prelado difunto, quien no podia celebrar el arriendo por mas tiempo que aquel durante el cual podia usar de la cosa, *finito jure locatoris finitur jus conductoris*, l. 31. *D. de pignor.* y l. 4. §. 3. *D. de in diem addict.*: sobre la misma cuestion véanse los DD. en el cap. últ. *ne prælati vices suas*, y véase tambien la ley 9. tít. 17. Part. 1. junto con lo que allí dije: igual fué la decision de Socin. respecto de cierto duque que habia vendido algunos derechos, consil. 7. vol. 3. que empieza *supra quæstione*. Sobre todo tendrá lugar lo dicho, si el que da en arriendo falleciese antes que este principiara; atendido que lo que se hace en tiempo hábil no subsiste, si los efectos se difieren para un tiempo inhábil, arg. l. 4. *C. de donat. ant. nupt.* De ahí es que una glosa notable en el §. *his omnibus*. 8. q. 1. dice que el Papa no puede elegirse sucesor, porque los efectos de la eleccion se difieren para un tiempo en que habrá dejado de ser papa; y hace bellamente al caso el cap. únic. *qui succes. feud. dar. tenent.* y el cap. *si quis investitus, qui succes. teneant.*, donde dice Bald. que el sucesor no debe pasar por lo hecho antes de tiempo por el antecesor, y hace tambien al caso lo que aduce Alex. consil. 68. vol. 1. col. 1. Con mayoría de razon procederá lo dicho si el arriendo celebrado resulta en grave perjuicio del sucesor: pues que, aun aquellos actos que debe ratificar el fideicomisario mediante caucion no subsisten si en perjuicio suyo los ha celebrado el heredero, l. 22. §. 3. D. *ad trebell.* y Paulo de Castr. en la l. 36. tít. cit.: por punto general el sucesor puede revocar los actos que su antecesor hubiese celebrado administrando mal, como lo nota Archid. en el cap. *decessorum*, 25. q. 2., así como cuando el antecesor se propuso beneficiar al arrendatario, segun lo que dice Bald. consil. 457. vol. 1. que empieza *reverendus pater*; ó bien si celebró el arriendo en tiempo inoportuno ó para muchos años, pues que de ordinario aumentan los réditos con el decurso del tiempo, segun la l. 7. §. 8. *D. de minor.* y allí Alber. col. últ. y la l. 11. §. 5. D. tít. cit. y allí Bald. Por lo que, siempre que el predecesor no tiene facultad para obligar al sucesor, el contrato se considera celebrado por el mismo sugeto en su nombre, y no como representante de la dignidad que obtiene, cap. *veniens* 8. y cap. *de cætero* 5. *de transact.*: fundado en esos testos legales Cardin. en d. cap. últ. *ne prælat. vic. suas* emite la indicada doctrina, así como Socin. consil. 34. vol. 3. Por lo dicho se ve que si la decision de la Glos. en d. l. 7. §. 1. D. *solut. matr.* se adoptara sin distincion, sería preciso prescindir de muchas leyes, y de varias doctrinas de los DD.: esto se ve respecto del prelado, el cual sin embargo de ser sucesor necesario, no debe respetar el arriendo otorgado por su antecesor, segun Abb. y los DD. en dicho cap. últ.; se ve tambien en el propietario, al cual se le devuelve el usufruto, sin el gravámen de pasar por los contratos celebrados por el usufructuario, l. 9. §. 1. D. *locat.*: de consiguiente, la decision de d. glos. debe concretarse á la materia y al caso de que se ocupa; por ej. al arriendo otorgado por el marido ó por el que ha sido puesto en posesion al efecto de mantener salva la cosa; esto en virtud de las leyes que alega, á tenor de las cuales debe la rescision limitarse, como de otra suerte lo dicen la Glos. en el cap. *tua fraternitas*, *de adulter.*, Bart. en la l. 8. §. 4. D. *de liberat. legat.* y Jas. en d. l. 7., col. 8.: sírvanos pues la doctrina de Bart. en la l. 25. §. 4. D. *solut. matrim.*, y admítase con él la decision de la Glos. en el supuesto que el predecesor tenga la plena administracion respecto de aquel á quien se ve precisado á hacer la restitucion, pero no cuando esta circunstancia falta, segun los DD. en d. lug.; la aduce tambien la glos. á la l. 7. tít. 17. lib. 3. del Fuero de las leyes: véase tambien lo anotado

e ser guardados. Fueras ende los que fuessen puestos contra las leyes deste nuestro libro, o contra buenas costumbres.

LEY 3. *Que cosas pueden ser logadas, e arrendadas.*

Obras que ome faga con sus manos, o bestias, o nauios, para traer mercadurias, o para aprouecharse del vso dellas (9), e todas las otras cosas que ome suele alogar, pueden ser alogadas, o arrendadas. Otrosi el vsufruto de heredad, o de viña, o de otra cosa semejante, puede ome arrendar; prometiendo de dar cada año cierto precio por ella. Pero si aquel que arrienda el vsufruto desta manera, se muriesse, non deue passar el derecho de usar de tal arrendamiento, al heredero de aquel que lo auia arrendado; ante dezimos, que se torna al señor de la cosa: ca el arrendamiento de tal vsufruto es de tal manera, que se acaba en la muerte del que lo tenia arrendado. Pero si el que tenia la cosa arrendada, ouiesse pagado todo el precio o parte del, por aquel año en que se fino, e non ouiesse el vsufruto tomado; tenudo es el señor (10) de la cosa, de tornar al heredero del finado, aquello que ouiesse rescebido del, por este año en que se fino, o dexarle el esquilmo del usufruto de aquel año.

LEY 4. *Quando deuen pagar los arrendadores, e los alogadores, el precio de las cosas que arrendaren, o alogaren.*

Pagar deuen los arrendadores, e los alogadores, el precio de las cosas que arrendaren, o alogaren, segund la costumbre que fuere vsada en cada vn logar; o al tiempo en que se auinieren, quando se fiziere el arrendamiento, o el alogamiento. E si en algun logar non ouiesse costumbre vsada, o non ouiessen puesto ellos plazos entre si, a que pagaren, estonce deuen pagar al fin del año (11).

LEY 5. *Como el señor de la heredad; o de la casa, puede echar della su arrendador, que la arrendo, si non quisiere pagar lo que prometio.*

Alquilada teniendo algund ome de otro alguna casa, si non le pagare el loguero a los plazos que pusieren con el, o a lo mas tardar a la fin del año, segun diximos en la ley ante desta; den-

por Archid. en el cap. *alienationes*, 12. q. 2. col. últ. en la glos. *fructus*, etc. Además, como dice Bald. en la l. 1. *C. de jur. fisc.* col. últ., aquel que ha sucedido á las obligaciones del arrendador, el heredero por ej, deberá permitir que continue el colono; así como el que tácimente consintió en el contrato, la muger por ej. al dar un predió á título de dote á su marido, pues que parece entregarlo al efecto de que dándose en arriendo se consigan los réditos correspondientes: ahora, el que no ha sucedido á las obligaciones del arrendador, ni de otra parte consintió en el contrato, no está obligado respecto del colono: así pues no le estará obligado el sucesor al mayorazgo, á no ser que en vida de su antecesor hubiese consentido en el contrato, ó que el predio sea de tal naturaleza que solo dé frutos de cinco en cinco años. Supóngase que el dueño ó poseedor de un mayorazgo cobre prestaciones de los vasallos que cultivan cierto territorio, y que estos dividan entre sí dicho territorio, mediante la autorizacion de aquel, por el término de cuatro años por ej. ¿podrá el sucesor revocar la division? véase lo que nota Bald. en d. l. 1. col. últ., cuando habla del usufruto del esclavo: y ciertamente si la imposicion de las prestaciones es perpetua, parece que el sucesor no podrá separarse de la division hecha entre los vasallos, quienes en efecto pudieron verificarla.

(9) Adviértase que en caso de duda la cosa se entiende arrendada ó alquilada para el uso al cual de ordinario se la destina, segun Bart. en la l. 60. *D. locat.*

(10) Nótense estas palabras, pues que esto no se espresa en la l. 10. *C. de usufr.*, de la cual esta de Partidas se ha tomado: aun mas, este punto ni se halla tocado por los D D. si esceptuamos á Ang., el cual sienta que en este caso el dueño no debe devolver el precio: pero nada alega á favor de su decision: téngase presente esta ley. —*Conviene notar que la l. 10. citada por Greg. Lopez está corrompida segun algunos D.D., quienes, en la segunda parte, en vez de *morte conductricis ei quæ locavit*, leen, *conductrici, morte ejus qui locavit.* Esta correccion nos daria un caso totalmente diverso del de esta ley, el de la muerte del dueño de la cosa.

(11) Aprueba la opinion de Azon en la suma *C. de locat.*, y de la Glos. en la l. 3. tít. cit.: si la pension se hubiese estipulado por años, deberá pagarse al fin de cada uno de ellos, aunque el arriendo se hubiese celebrado para muchos años; porque son tantos los arriendos cuantas las pensiones, arg. l. 29. y l. 140. *D. de verb. oblig.*, y véanse los D.D. en d. l. 3. y los mismos y Abb. en el cap. *propter sterilitatem*, *de locat.* Y nótese que si la pension se estipuló en frutos, no deberá pagar se antes que se hayan recogido, l. 26. §. últ.

de adelante (12) el señor de la casa puede echar della al que la tiene alquilada, sin caloña, e sin pena. E demas dezimos, que todas las cosas que fallaren (13) en la casa, de aquel que la tenia alquilada (14), fincan obligadas (15) al señor de la casa por el loguero (16), e por los menoscabos

D. cuando dies legati cedat: empero, si el inquilino desocupa antes de tiempo en virtud de justa causa, deberá pagar el alquiler sin esperar que el año concluya, segun Juan de Plat. en la l. 1. *C. de principilo* y arg. l. 34. *D. de damn. infect.* y l. 1. §. 4. *D. de migrand.*

(12) Antes bien parece que deben transcurrir dos años sin pagar la pension ó alquiler, segun la l. sig. donde dice *la cuarta* etc. y la l. 54. §. 1. *D. locat.* Dígase que si el arriendo se hizo para mas de dos años, procederá lo establecido en dichas leyes; y que si por menos tiempo se aplicará esta ley, segun Cin. y Bald. en d. l. 3. *C. de locat.* O bien distíngase entre el caso en que se trata de instar el desocupo momentáneo, dando lugar á que el colono ó inquilino purgue la mora; y aquel en que se pretende el desocupo definitivo, de modo que ya no haya lugar á dicha purgacion de mora: lo primero podrá pretenderse por el dueño antes de los dos años, pero no lo segundo, segun Bald. y Salic. en d. l. 3. O bien dígase que será menester cese el pago por dos años consecutivos, cuando intervino el pacto de no espeler el inquilino ó colono, á tenor de d. l. 54. §. 1.; y que si este pacto no existe, bastará que un año falte el pago; lo que está conforme con lo que espone la Glos. en d. l. 54., y lo sienta tambien Bald. en d. l. 3.; v. Alex. cons. 106, que empieza *magnifice prætor*, vol. 3. col. 1. junto con los cuatro siguientes, que pueden verse para la aclaracion y limitacion de lo que llevamos dicho: véase tambien Bald. en d. l. 3. col. 2 y 3. donde trata algunas cuestiones notables, en la auth. *qui rem*, *C. de Sacros. Eccles.*, añád. Bart. en d. l. 54. §. 1. y en la l. 2. *C. de jur. emphit.* en cuyo lugar es notable lo que espone Jas., y Abb. en d. cap. *propter sterilitatem* últ. *notab.*—* La primera interpretacion que Greg. Lopez da á esta ley para consiliarla con la que sigue, parece bastante juiciosa, si se atiende á que la primera habla en jeneral, y que la segunda, cuando se ocupa de la espulsion por falta de pago, se refiere al arriendo celebrado para cuatro ó mas años.

(13) Pésese bien esta palabra, de la que parece inferirse que la ley no quiso quedaran indistintamente obligadas todas las cosas que se metieran en la casa alquilada, y si solo aquellas que se hallan en dicha casa al tiempo que el dueño acciona por el alquiler, ó para que se le repare la deterioracion causada: parece venir en apoyo de esto la l. 9. *D. in quib caus. ping. vel hipot. tacit.*, la que requiere que los muebles ó efectos se tengan encerrados, á fin de que la enagenacion de los mismos se impida; á menos que se dijere que esto es especial en beneficio de la libertad, lo que pensó Jas. siguiendo á Mar. Laudent. en la l. 4. *D. de pact.* Sin embargo, la intencion de esta ley de Partidas es la que dejo manifestada, y ciertamente rebosa en ella la equidad: y va mucha diferencia de la disposicion de esta ley, á lo anotado en d. l. 5. *C. de locat.*, donde Bald. Ang. y demás D.D. sentaron lo contrario, á saber, que la tácita hipoteca comprende todas las cosas introducidas en la casa durante el tiempo del arriendo, sin atender á si existen ó no en ella cuando la accion se instituye. Téngase pues presente esta ley.

(14) Luego no habrá esta hipoteca si se permite habitar la casa gratuitamente, l. 5. *D. in quib. caus. pign. vel hipot. tacit.* y Jas. en la l. 4. *D. de pact.* —* Entónces la hipoteca tácita garantirá los menoscabos, pues que la ley los abraza en esta materia, junto con el alquiler.

(15) Como por la l. 5. *C. de locat.* y el §. 7. *Inst. de act.* Si el inquilino realquiló la cosa á otro, lo que puede segun la l. 6. *C. de locat.*, las cosas que este segundo inquilino mete en la casa quedan obligadas al dueño por lo que monta el alquiler que prometió pagar al primero, l. 11. §. 5. *D. de pign. act.* y allí Bart. y l. 24. §. 4. *D. de locat.* [Pero si se ha subarrendado un predio rústico los frutos quedan hipotecados á favor del dueño, como si se hubiesen percibido por el arrendatario, aunque el subarriendo se haya hecho por un precio menor, d. l. 24. §. 1.] Adviértase que esta hipoteca tácita no comprende aquellas cosas que se introducen pasageramente en la casa, segun la Glos. en d. l. 5. *C. de locat.*; de lo que infieren allí Bald. y Ang. que no vienen comprendidas las mercancías que por algun tiempo se guardan en ella, es decir, que el comprador de las mismas no podrá ser reconvenido por la accion hipotecaria. Por lo que mira á las cosas que no pertenecian al inquilino, la generalidad de los D.D. sientan en d. lug. contra la opinion de la Glos., que no quedan obligadas, á menos que pueda probarse que hubo dolo de parte del dueño, como si ocultó su derecho en perjuicio del dueño de la casa. ¿Y qué dirémos de las cosas del inquilino menor de edad? La Glos. en la l. 4. *D. de pact.* sienta que no quedan hipotecadas, y allí conviene simplemente con ella Jas.: lo contrario opina Odofr., fundado en que provinien-do directamente de la ley la hipoteca no puede decirse engañado el menor, el cual se sujeta al derecho comun, l. últ. *C. de in integr. restit. minor.* A esta opinion suscribe Rofred. en el tít. *de act. servian.* y la misma se halla sostenida por Alber. siguiendo á Cin. en d. l. 5. *C. de locat.*; si bien

que ouiesse fecho en ella : e puedelas retener (17) el señor de la casa, como por peños, maguer non quiera el otro, fasta que le pague el loguero, (b) o le enderece los menoscabos (18) que le fizo en su casa. Pero estas cosas sobredichas que fallaren en la casa, e tomare por peños, non las deue tomar el señor della por si mismo tan solamente, mas ante los vecinos, metiendolas todas en escrito (19) ante ellos, porque non pueda ser fecho engaño. E de lo que de suso diximos de las casas, entiendese tambien de las heredades, como de las viñas, e de las huertas, que dan los omes a labrar, o arrendandolas. Ca cuantas cosas metiere el labrador en ellas con sabiduria del señor (20), todas fincan obligadas al señor, e las puede tener por peños fasta que el labrador pague la renta que ha de dar por razon del arrendamiento, si lo non pago a los plazos que le ouiere de pagar.

LEY 6. *Como non deue ser echado de la casa, o tienda, el que la touiesse alogada, fasta el tiempo complido; saluo en los casos señalados.*

Alogando vn ome a otro casa, o tienda, fasta tiempo cierto, pagandole el que la recibe, el aloguero que pone con el, a los plazos en que se auinieron, non le puede echar della, fasta que aquel tiempo sea complido. Fueras ende, por cuatro razones (21). La primera es, quando al se-

(b) et le enderesce Acad.

con la distincion siguiente, cuyo autor es Pedro, á saber, ó el menor alquiló una casa que le era útil, ó bien la tomó demasiado grande ó de todo punto inútil para él; en el primer caso, dice que tiene lugar la decision indicada, y en el segundo la opinion de la Glosa. Salic. se conforma indistintamente con la opinion de la Glos., la que tambien sostuvo Cin. en las adic., así como Ang. en d. l. 5. aunque diciendo ser justa la distincion de Pedro: la opinion de este es la que mas me satisface, y parece aprobarse por Bald. en d. l. 5. col. 2. vers. *ego considero,* al paso que obra á favor de ella la l. 2. *D. de reb. eorum.* Angelo y otros parten de otra distincion; dicen ellos que en el supuesto de fundarse la hipoteca tácita en un hecho esterno de parte del deudor, como el hecho de introducir los muebles en la casa alquilada, no nacerá semejante hipoteca si este es menor de edad; porque entónces ya no dimana de la ley solo, al paso que se producirá aunque se trate de un menor, si no se requiere hecho esterno de parte del mismo, por ej., al recibir la dote: mas yo no veo razon de diferencia que sea plausible, atendido que el contrato de matrimonio y la recepcion de la dote, son hechos estrínsecos de parte del menor. Adviértase tambien que parece ser opinion general entre los D.D. en d. l. 5. *C. de locat.,* que si el locador pactó especial hipoteca no tendrá lugar la tácita de que se trata; Bald. es el único que opina lo contrario en d. lug. col. últ., fundado en que la precaucion del hombre y la de la ley provienen de distinto orígen; y quizás esta opinion es la mas acertada, véase al mismo y á los D.D. en d. l., y á Jason en d. l. 4. *D. de pact.* — * Las leyes de Recopilacion, á mas de conceder hipoteca tácita al dueño de la heredad, sobre los frutos que ella produce, le declaran preferente á todos los acreedores del arrendatario, de cualquier calidad que sean, esto es, respecto de dichos frutos, l. 6. tít. 11. lib. 10. y l. 15. tít. 31. lib. 11. Nov. Recop.

(16) Quiere pues esta ley, que aun cuando el dueño haya despedido al colono ó al inquilino, pueda pedir la pension; lo mismo se prueba por la l. 61. D. *locat.*, donde puede verse Paul. de Castr., el cual entiende lo dicho, de las pensiones vencidas, mas no de las futuras.

(17) Añád. l, 34. *D. de damn. infect.* y l. 9. *D. in quib. caus pign. vel hipot tacit.*

(18) Como por la l. 2. *D. in quib. caus. pign. vel hipot. tacit.*

(19) Añád. l. 56. D. *locat.*, l. 9. cit. y Bart. y Bald. en ella, y d. l. 3. *C. de locat.*

(20) En esta parte hay diferencia entre los predios rústicos y los urbanos; y la razon está en que la santa rusticidad, como dice S. Gerónimo, todo lo tiene á la vista; así pues nada lleva al predio rústico que no sea visto, segun la presuncion del derecho, y de consiguiente el dueño puede con facilidad tener conocimiento de ello, al paso que rayara a injuria el querer investigar lo que se introduce en un predio urbano, segun Bald. y Salcc. en dicha l. 5. *C. de locat.*

(21) En estos cuatro casos ¿podrá de su propia autoridad el dueño espeler el inquilino? Así lo dice Az. en la suma *C. de locat.*; Rofred., al cual cita Alber. en la l. 3. *C. tít. cit.*, espresa ser mas seguro el verificarlo mediante la autoridad del juez, en apoyo de lo cual viene la l. 27. *D. de donat.* Bald. allí 1. lec. col. pen. vers. 3. *quæro*, quiere que pueda verificarlo de propia autoridad, á no ser que alguna de las partes hubiese ya acudido al juez: véase al cit. Doctor. ? Qué diremos si el locador juró no espeler al colono ó al inquilino? Véase Archid. quien siguiendo á Vincent., en el cap. *alienationes*, 12. q. 2. opina

ñor cae la casa (22) en que mora, toda, o parte della, o esta guisada para caer, e non ha otra (23) en que more; o ha enemistad en aquella vecindad en que mora, o otra premia porque non osa morar (24) en ella; (c) o si casasse el alguno de sus fijos, o si los fiziesse Caualleros (25). La segunda es, si despues que la logo, aparescio alguna cosa atal en la casa, por que se podria derribar si non fuesse adobada (26). Pero en estos dos casos (27)

(c) ó si casase él ó alguno de sus fijos, ó se feciesen caballeros Acad.

que en este caso viene comprendida la condicion de la ley segun el cap. *quemadmodum*, 25. *de jure jur.*, el cap. *beatus*, 22. q. 2. y la l. 54. §. 1. *D. locat.*; véase la not. sig.

(22) Acertadamente se usó del tiempo presente para indicar que la necesidad debia aparecer despues del contrato; pues que si el locador tuviese entónces noticia de su existencia ó de que habia de existir, no goza del beneficio de esta ley, segun la Glos. y los DD. en d. l. 3. *C. de locat.* ¿Qué diremos si se hubiese pactado, como lo vemos á cada paso, que el dueño no despediria al inquilino durante el tiempo del arriendo? Ang. en d. l. 3. sienta que entónces el segundo no podrá ser espelido, aunque el primero necesite de la casa; pues que por medio de semejante pacto, los contrayentes, segun él, se han separado de la naturaleza de la locacion, segun la l. 54. §. 1. *D. locat.*; y no debe parecer estraño, dice, que apesar de necesitar de la casa el dueño no pueda despedir al colono, dado que algun efecto ha de producir el pacto, segun d. l. 54. §. 1. y arg. l. 109. *D. de legat.* 1.: y esto supuesto, aconseja que el conductor procure la insercion de dicho pacto; el cual añade, no produce efecto si el inquilino no paga la pension ó usa mal de la casa: con esta decision, de Ang. se conforma simplemente Dec. consil. 292. col. 1. Empero, ya dudo de la verdad de esta decision, atendido que estas condiciones tácitas se sobreentienden en la promesa y hasta en el juramento, como dije en la not. anter., donde alegué la decision de Archid. en dicho cap. 12. q. 2., y porque el cit. §. 1. de d. l. 54. no prueba bastante á favor de Ang.; y por fin atendido que la promesa de no despedir al inquilino debe entenderse permaneciendo las cosas en el mismo estado, es decir, no sobreviniendo precision de ocupar la casa, arg. d. cap. 25. *de jure jur.* y l. 8. *D. de condict. ob caus.*

(23) Esta ley es mas esplícita que d. l. 3. *C. de locat.*, si bien se arguye lo mismo de esta cuando dice *usibus suis necesariam.*

(24) Todo esto tiende á manifestar que la causa ha de ser necesaria. Bald. en d. l. 3. *C. de locat.* col. pen. pone otro ejemplo, á saber que el dueño necesite la casa para establecer en ella una fábrica, ó para otra especulacion honesta, lo que parece algo duro no existiendo entónces necesidad urjente tal como se manifiesta en los ejemplos de esta ley y en otros semejantes. Tal vez procederá la decision de Bald. si el dueño ó locador ejercia en su casa la industria de que se trata, y por algun acontecimiento que ha sobrevenido no puede continuar con ella en dicho lugar. Nótese particularmente que si para la observancia del contrato la cosa estuviese hipotecada á favor del conductor, con lo que se le ha constituido un *jus in re*, y el dueño hiciese donacion de la misma á un tercero, no podrá este despedir al inquilino, aunque necesite para sí la casa: en tal caso no es aplicable la disposicion de esta ley, ni la de d. l. 3. *C. de locat.*, porque al donatario no se transmiten los derechos que dimanan del contrato, así como no pasan al comprador, l. 9. *C. de locat.* y l. 32. *D. locat.*: así lo decidió Rafael Cummano en la l. 25. §. 4. *D. solut. matrim.* siguiendo á Alex., y dice en la col. 3. ser notable esta decision, la que no recuerda haber leido en otra parte.

(25) No hallo esta causa espresa en el derecho comun: tal vez por antigua costumbre de España cuando el hijo se hacia caballero se separaba de su padre, y de consiguiente necesitaba casa. Lo mismo tendremos, pues, si se graduase de doctor, ó bien pasase á ser juez ó abogado, de modo que necesitase de casa capaz distinta de la de su padre; lo mismo si fuese ordenado de presbítero: hace al caso el cap. 23. q. 1. y lo que nota la Glos. y en ella Bart. y los DD. en la l. 6. *D. de re judic.* y en las l. l. 4 y 14. *C. de advoc. divers. judic.*

(26) Empero, concluida la reparacion, podrá el inquilino habitar otra vez la casa, aunque por causa de dicha reparacion se le hubiese despedido, Glos. y allí Bart. en la l. 3. §. 2. *D. uti possid.*

(27) Esto manifiesta que no tendrá lugar en los casos tercero y cuarto, es decir, cuando se usa mal de la casa; sin embargo la Glos. en d. l. 3. *C. de locat.* quiere que en ellos tambien se descuente la pension á prorata del tiempo que falta, y que el dueño accione para la reparacion del daño: lo mismo siente la Glos. en el capít. *propter sterilitatem, de locat.* en la parte *permissæ.* Bald. en d. l. 3. 1. lect. al fin quiere que en el tercer caso no haya descuento, por lo mismo que es culpable el colono ó inquilino; mas en la 2. lect. se conforma simplemente con la Glos. á la cual sigue Salic. así como el *Specul.* tít. *de locat.* §. *postquam,* vers. *sed numquid.* Por el pago íntegro de la pension opinaron Pedro y Cin. en d. l. 3, é igual fué la opinion de Az., por la cual esta nuestra ley de Partidas y el capít. *propter sterilitatem,* 3. *de locat.*, donde Juan Andr. al fin,

sobredichos tenudo es el señor de la casa, de dar al alquilador otra en que more (28), atal con que le plega, fasta el tiempo en que deue morar en la otra; o de descontarle del loguero tanta parte, quanta viniere en aquel tiempo que deue en ella morar. La tercera razon es, quando el que touiesse la casa logada, vsasse mal della, faziendo en ella algun mal por que se empeorasse, o *(d)* llegando en ella malas mugeres (29), o malos omes, de que se siguiesse mal a la vezindad. La quarta és, si alogasse la casa por cuatro años, o cinco, auiendo a dar por ella cada año loguero cierto; ca si passaren dos años (30), que non pagasse lo que auia a dar, dende adelante puedele echar della. E por qualquier destas razones sobredichas, puede echar ante de tiempo, el señor de la casa, al que la touiere alogada, o alquilada, maguer el otro non quiera.

(*d*) allegando Acad.

LEY 7. *De los campos, o viñas, o otros heredamientos, que arrienda vn ome a otro; que son tenudos de refacer los daños, e los menoscabos, que vinieren por su culpa a los señores dellos.*

Campos, o viñas, o otros heredamientos ar-

siguiéndole Abb., concuerda estas opiniones, diciendo que si el inquilino desmejora la casa, teniendo por ejemplo cerdos en la azotea, procederá la opinion de la Glos., es decir, que tendrá lugar el descuento en la pension, exigiéndose al inquilino la reparacion del daño causado; al paso que si usa mal de la casa sin desmejorarla, como si la convirtiera en lupanar ó en un garito, no habrá lugar á dicho descuento, dado que no hay perjuicios pecuniarios que puedan reclamarse: esta es tambien la opinion del Hostiens. en d. cap. *propter*; y segun Juan de Imol. en d. lug., esta distincion deberá tal vez hacerse en la práctica por la autoridad del Hostiens. y de Juan Andr.: pero segun el mismo Imol. el no hacer indistintamente descuento en los casos tercero y cuarto está mas conforme con el derecho. No obsta el que pueda pedirse la reparacion del daño; porque de ahí no se sigue que se haga el descuento en virtud de la culpa en que ha incurrido el inquilino ó colono, y hacen al caso la regla 86. *de regul. jur.* lib. 6. y la l. 61. §. 1. D. *locat.* Podria tal vez distinguirse de otra suerte, á saber, que si el dueño encuentra inquilino ó colono para el tiempo venidero, se haga el indicado descuento; pero no, si no lo encuentra, á fin de que el dueño no salga perjudicado por culpa del colono ó inquilino; y sobre esta distincion véase Bart. en la l. 24. §. 2. D. *locat.* al fin, y allí Fulgos., Jas. en la l. 4. D. *de off. assessor.* col. 8 y 9., y la Glos. en la l. 19. D. *locat.*, donde se halla repetida d. l. 4.

(28) Añád. l. l. 27 y 28. D. *locat.*

(29) Nótese esta ley, la que decide la cuestion agitada entre los DD. en d. l. 3. C. *de locat.* donde pueden verse Bald. en la 2. lect. al fin y Salic., quienes sostuvieron la opinion que en esta ley se adopta, es decir, que el dueño puede despedir al inquilino que admite prostitutas en su casa, aunque no la deteriorase, si de esto se sigue perjuicio á la honestidad de los vecinos.

(30) Véase lo que dije en la not. 12, y nótese esta ley, la que habla tambien del caso en que no hubiese mediado el pacto de no despedir de la casa. — * Por lo que hace al arrendamiento de prédios rústicos, el art. 5°. del decreto de Córtes de 8 de junio de 1813, restablecido con real decreto de 6 de setiembre de 1836, autoriza al dueño para despedir al arrendatario: 1°. si este no paga la renta; 2°. cuando trata mal la finca; 3°. si falta á las condiciones estipuladas. Este decreto, por lo vago de la espresion, puede dar lugar á cuestiones de trascendencia. Una de ellas es si la menor demora en el pago, el solo vencimiento del plazo, sin haberse aquel verificado, bastará para que pueda despedirse al arrendatario; ó bien si se le dará lugar á lo que se llama purgar la mora, de manera que no pueda ser despedido si paga dentro del término del mandamiento judicial de pago. Si lo primero hubiese entrado en la mente del decreto, hubiera sido mas esplícito, ya que entónces derogaba una práctica constante, fundada en nuestras leyes, las que por punto general no atribuyen á la mora efectos irreparables. Sin embargo, si el dueño hubiese requerido estrajudicialmente y en diferentes tiempos al colono, parece que procederia contra la mente del decreto el juez que autorizara al segundo para permanecer en la finca, aunque pagase á la vista del mandamiento judicial; porque el decreto citado no pudo tener en esta parte otro objeto que el de evitar á los dueños las molestias y riesgo de habérselas con malos pagadores, á cuya clase perteneceria el colono en el caso supuesto. Lo que se ha dicho de la demora en el pago, debe entenderse de la que recae sobre el cumplimiento de alguna de las condiciones del contrato; pues que la razon es igual. Otra cuestion se nos ofrece, á saber, si sea cual fuere la condicion á que falte el colono, podrá ser despedido: lo vago de las palabras del decreto pueden autorizarnos para distinguir fundados en la l. 58. tít. 5. de esta Part., entre condiciones sin las cuales no hubiera contratado el dueño, y las que podrémos llamar secundarias.

rendando vn ome a otro; aquel que los arrendare, deue ser acucioso (31) en aliñar, e en guardar, e labrarlos, bien assi como faria si fuessen suyos. E las lauores que quiere de fazer en ellos, deuelas fazer en tales sazones, e en tal manera, que los arboles, e las otras cosas, que fueren en la heredad, o en la (e) casa que arrendare, se mejoren porende, e non resciban ningund empeoramiento. E si por auentura los labrasse mal (32) o en sazones (33) que non deuia: o por otra su culpa, o de los omes que los ouiessen a labrar por el, se empeorasse aquello que tenia arrendado; mandamos, que quanto quier que fuere fallado en verdad, que se empeorasse por su culpa, o por su negligencia, que lo peche todo a bien vista del Judgador del lugar, e de los omes buenos que saben de lauor (34) de tierra. Esso mismo dezimos que seria, de aquel que touiesse la cosa arrendada, e ouiesse enemigos (35), o malquerientes, que por la malquerencia que ouiessen con el (36), tajassen algunos arboles (37), o fiziessen otro daño en la heredad.

(e) cosa Acad.

LEY 8. *Por quales razones es tenudo de pechar, o non, la cosa, aquel que la tiene arrendada, o logada, si se perdiesse, o se muriesse.*

A cuestas por si mismo (38), o en alguna su bestia, o en carreta, o en naue, prometiendo de leuar algund ome, vino, o olio, o otra cosa semejante en odres, o en alcollas (39), o en toneles (40), (f) o pilares de marmol, o redomas, o otra cosa semejante destas; si leuandol de vn lugar a otro, cayere por su culpa aquello que leuare, e se quebrantare, o se perdiere, tenudo es de lo pechar. Mas si el pusiesse guarda, quanta pudiesse (41), en leuar aquella cosa, o se quebrantasse por alguna ocasion sin su culpa, estonce non seria tenudo de lo pechar. Otrosi dezimos, que si se perdiesse, o si se menoscabasse, o se muriesse la cosa que touiesse alogada alguno, por alguna ocasion que auiniesse sin su culpa del; assi como si fuesse sieruo, o alguna bestia, si se muriesse su muerte natural; o si fuesse naue, e

(f) ó en pilones de mármol, ó en redomas ó en otra cosa semejante destas, Acad.

(31) Añád. l. 15. §. últ. junto con la Glos. y l. 25. §. 3. D. *locat.*; y acerca de si el colono debe limpiar los vallados é hijuelas, véase Bart. en la l. 14. D. *de impens. in reb. dotal. fact.*

(32) Ya sea precisamente por lo que mira al cultivo de las tierras, ya haciendo producir durante los años del arriendo lo que corresponde á los siguientes, l. 35. §. 1. D. *locat.* y allí Bart. y Paul. de Castr., véase una glosa importante en la l. pen. D. *de usufr. legat.* y la l. 1. C. *de mancip. et colon.* y allí Juan de Plat.

(33) Añád. l. 25. §. 3. D. *locat.*: *omnia enim tempus habent, et suis spatiis transeunt universa sub sole,* Ecclesiastes, cap. 3. v. 1.

(34) Debemos guiarnos por los peritos en el arte, segun esta ley, la l. 6. C. *de re milit.*, la l. 2. §. 3. D. *de orig. jur.*, la Novel. 7. cap. 3. vers. *quod autem,* el cap. *proposuisti, 4. de probat*, la l. 12. D. *de stat. hom.* y allí Bald., el *Specul.* título *de probat.* §. antepen. y pen.; y segun Bart. y Bald. en la 1. const. del *Digestum vetus* al princ.

(35) Haya ó no suscitado la enemistad por su culpa, segun la Glos. en la l. 25. §. 4. D. *locat.* y véase allí á Bart. y Paulo de Castr. en las cuestiones que sobre la materia promueven. Entiéndase lo dicho en el supuesto que pueda imputársele al conductor alguna culpa en custodiar la cosa. Porque teniendo enemigos, aunque sin culpa suya, debió redoblar el cuidado, como dice la cit. Glos.; empero, si por causa de los mismos desplegó la mayor diligencia, y á pesar de ella causaron daño, no podrá precisársele á su reparacion, y tal es la mente de dicha Glos., y lo sienten Juan de Imol., Rafael Cumman. y Paul. de Castr. en la l. 2. §. 5. D. *de verb. oblig.*; hace al caso la l. 19. D. *commod.* y la l. 41. D. *locat.*, y dice Alex. cons. 168. vol. 2. al fin, que si la enemistad provino de culpa del conductor, responderá indistintamente del daño, segun la cit. l. 25. §. 4. y la l. pen. princ. D. *solut. matrim.*

(36) Pero no si esto proviene de los enemigos del dueño, segun el cap. *domino guerram* al princ. *hic finitur lex* y la l. 132. D. *de verb. oblig.* y allí Bart. en lo que dice acerca del que promete la custodia de un castillo: lo mismo tendrémos si públicas enemistades fueron la causa del daño, segun la l. 13. §. 7. D. *locat.* y añád. l. pen. princ. D. *solut. matrim.* y allí Bald.

(37) Si los cortase el mismo colono responderá del daño, segun la l. 25. §. 3. D. *locat.*: y no podrá aprovecharse de los que arrancó el viento, l. 45. §. pen. D. *de jur. fisc.*: véase Juan de Plat. en la rúbr. C. *locat. præd. civil.*

(38) Cual lo practican los Indios de nuestras colonias.

(39) Como si dijéramos *alti colli.*

(40) En latin *tenelli,* llamados así *à tenendo.*

(41) En la l. 25. §. 7. D. *locat.* de la cual esta se tomó, se dice *culpa autem abest si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus esset*; y allí dice la Glos. que el superlativo se puso en lugar del positivo; lo mismo dice Az. en la suma C. *de locat.* col. 3., empero, añade, que puede tambien entenderse del conductor muy

peligrasse por tormenta que acaesciesse; o si fuesse casa, e se quemasse; o si fuesse molino, e le lleuassen auenidas de rios; o por otras cosas qualquier, semejantes destas, que se perdiesse, o se muriesse; por tal ocasion (42), como sobredicho es que non seria tenudo de la pechar el que la touiesse logada. Fueras ende por casos señalados. El primero es, si quando logo la cosa, fizo tal pleyto con el señor della, que como quier que acaesciesse (43) de la cosa, que fuesse tenudo de la pechar. El segundo es, si fiziesse tardança (44), de tornar la cosa al señor, mas que non deuia, e despues de aquel tiempo que gela deuiera auer tornada, se perdiesse, o se empeorasse. El tercero es si por su culpa (45) acaesciesse aquella ocasion por que se pierde, o se muere la cosa.

LEY 9. *Como deue ser pagada la soldada a los herederos de los Alcaldes, e de los Abogados, e de los otros menestrales, si se murieren ante que complan el oficio.*

Los Judgadores de la Corte del Rey (46), e los otros Oficiales de su casa (47), e los Maestros de las sciencias (48), que han salarios ciertos cada año (49) del Rey, o del comun de alguna Cibdad, o Villa; desque ouiere començado de vsar (50) de su oficio cada vno dellos, maguer se muera despues, ante que el año se cumpla, deuen auer sus herederos todo su salario de aquel año, bien assi como si lo ouiesse seruido, por razon de aquel tiempo que vso de su oficio, quanto quier que sea. Esto es, porque non finco por el (51),

diligente para sus cosas, y este parece ser el sentido de nuestra ley. — * Téngase presente para la mejor inteligencia de este punto, que la impericia del artífice es considerada como culpa suya, y se le imputa, l. 10 de este tít. y l. 13. §. 5. D. *locat.* Puede acontecer á menudo que no sea fácil distinguir si el daño proviene de impericia ó de culpa levísima del artífice: para prevenir las cuestiones que de aquí podrian originarse parece seria conveniente declarar, que el que se obliga á ejecutar alguna obra propia del arte que profesa, no pueda alegar mas que el caso fortuito. Quizás sea este el sentido de la cit. l. 13. §. 5. El mismo parece ser el espíritu de la citada ley 10, cuando declara que el lapidario que ha roto una piedra preciosa deberá probar que no hubo culpa de su parte y que era perito en el arte.

(42) En este contrato, pues, no se presta el caso fortuito, l. 28. C. *de locat.* y l. 25. §. 6., y l. l. 59 y últ. D. *locat.*

(43) Añád. l. 9. §. 2. D. *locat.*, el cap. único *de commod.* y la l. 3. tít. 2. de esta Part.

(44) Conforme á lo establecido en la l. 3. título 2 de esta Part.; véase lo que allí dije.

(45) Añád. l. 11. §. 1. y últ. D. *locat.* y véase lo anot. en d. l. 3. tít. 2. de esta Part.

(46) Nótense estas palabras, pues que la Glos. y en general los DD., discurriendo acerca del derecho comun, dicen, que esto procede respecto del Potestad de alguna ciudad, á quien se ha señalado algun salario anual, véase la Glos. en la l. 4. D. *de off. assessor.*, en la l. 15. §. 6. D. *locat.*, en la l. 1. §. 13. D. *de extraord. cognit.* y así lo sienta la generalidad de los DD. en d. l. 4., véase tambien Luc. de Penn. en la l. 1. C. *de primipil.*

(47) Añád. l. últ. C. *de domestic. et protector.*, l. l. 7. y 11. C. *de proxim. sacror. scrin.* l. 3. §. 1. C. *de agent. in reb.* y l. 15. C. *de advoc. divers. judic.*: sin embargo, esta ley ha caido en desuso, así en punto á los jueces, como por lo que mira á los oficiales de la casa del Rey.

(48) Aprueba la opinion de la Glos. en la l. 1. §. 13. D. *de extraord. cognit.* en la glosa magistral, donde puede verse Bart. col. últ. vers. *tertio casu;* empero creo que esto no se observa.

(49) Jacobo Butric. y Salic. en d. l. 15, §. 6. *D. locat.*, entendian esto del caso en que se hubiese estipulado una sola pension por todo el año; de suerte que si se hubiese prometido un tanto por mes, ese tanto, decian, será lo único que se transmita al heredero, esto es la pension correspondiente al mes del fallecimiento: empero esta limitacion es impugnada en d. l. 4. D. *de off. assessor.* por Alex. col 5. y Jas. col 12: véase á Luc. de Pen. en la l. 1. C. *de primipil.*, donde transcribe las palabras de Butr.

(50) ¿Qué dirémos si tan solo se hubiese preparado para desempeñar las funciones de su cargo, ó bien si comenzó á verificarlo por medio de substituto, siéndole lícito hacerlo? Véase Bart. en d. l. 4. D. *de off. assessor.* y allí mismo Alex. col. 6. y 7., y además Dec. consil. 70.

(51) Esta razon se colige de la l. 38. D. *locat.*; pero no seria bastante por sí misma si en el caso de que se trata, á mas del premio debido al trabajo no se le agregaba el respeto que merecen la dignidad, la ciencia y la inteligencia, segun Bart. en d. l. 1. §. 13. D. *de extraord. cognit.*, donde latamente distingue sobre la materia.

(52) Nótese esta ley porque decide contra lo que decian la Glos. y Bart. en la l. 1. §. 13. D. *de extraord. cognit.* y la misma Glos. en la l. pen. C. *de condict. ob caus.*; á menos que digamos que esta ley debe entenderse del caso en que no se hubiese estipulado al principio cierto salario: pues entónces, como debe fijarse al arbitrio del juez á prorata del tiempo y del trabajo, el heredero del abogado no podrá pedir todos los honorarios que á este hubieran correspondido des-

de complir, e de fazer lo que deuia; mas por ocasion que le contescio, que non pudo desuiar. Mas si algund Abogado (52) pleyteasse con algun ome, que razonasse por el algun pleyto, maguer aya començado (53) el pleyto, non deue auer todo el salario, si non razonasse todo el pleyto fasta que sea acabado; ante dezimos, que si se muriere despues que el pleyto es començado, que sus herederos deuen auer tanta parte del salario, quanto fallaren en verdad, que auia (*g*) merescido, e non mas. Pero si quisieren dar otro Abogado, que sea sabidor, para razonar el pleyto fasta que sea acabado, deuengelo rescebir; e estonce deuenles dar todo el salario. Esso mismo dezimos de los menestrales, que pleyteassen algunas obras, e prometieren de las complir por precio cierto; que si se murieren ante que las acaben, que deuen auer sus herederos, aquello que ouieren merescido ellos, e non mas (54). Pero si todo el precio quisieren demandar, deuen dar otros menestrales (55), tan sabidores como aquellos que finaron, que acaben las obras.

(*g*) vencido Acad.

LEY 10. *Como los orebzes, e los otros menestrales son tenudos de pechar las piedras, e las otras cosas que quebrantaren por su culpa, o por mengua de sabiduria.*

(*h*) Quierense los omes a las vegadas mostrar sabidores de cosas, que lo non son (56), de manera que se siguen daños a los que los non conoscen, e los creen; e porende dezimos, que si algun orebze rescibiere piedra preciosa de alguno, para engastonarla en sortija, o en otra cosa, por precio cierto, e la quebrantasse engastonandola, por non ser sabidor (57) de lo fazer, o por otra su culpa; que deue pechar la estimacion della, a bien vista de omes buenos, e conoscedores destas cosas. Pero si el pudiere mostrar ciertamente, que non auino por su culpa, e que era sabidor de aquel menester, segun lo (*i*) eran (58) los demas omes que vsan del comunalmente, e que el daño de la piedra acaescio por alguna

(*h*) Enfiñense Acad.
(*i*) deben seer los Acad.

pues de concluida la causa; y que la disposicion de d. l. 1. §. 13. se entienda cual la Glos. y Bart., en el supuesto que al principio se hubiese tomado al abogado por un salario fijo, como lo declara Salic. en la l. 15. C. *de advoc. divers. judic.* Empero, es preciso reconocer, que esta ley procede tambien cuando se tomó el abogado por cierto salario, atendiendo que usa de la partícula adversativa *mas si* etc., y que acababa de hablar de los que tienen salario fijo. Lo mismo se colige de aquellas palabras *del salario*, las que es regular entenderlas del salario estipulado; por fin, respecto de todas las demás personas se refiere la ley á un salario determinado, como se ve tambien por aquellas palabras: *Esso mismo dezimos*, y por las que se leen mas abajo: *por precio cierto.*

(53) Bart. en d. l. 1. §. 13. D. *de extraord. cognit.* col. 3. vers. *ulterius quæro,* dice, que aun cuando no hubiese comenzado los trabajos se le debe el salario estipulado: en esta ley se establece lo contrario aun en el caso en que hubiese principiado la defensa. Y de estas palabras *maguer aya comenzado*, se colige lo que llevo dicho en la not. anter.

(54) Lo mismo dice la Glos. en la primera opinion en la l. 15. §. 6. D. *locat.* en fuerza del mismo testo, cuya opinion aprueba allí Bart., desechando la de Az. en la suma C. *de locat.* col. pen. que puede verse al fin de la misma Glos.; y véase Bart. en d. l. 1. §. 13. D. *de extraord. cognit.* ver. *assumo primam,* donde sostiene la misma opinion.

(55) No recuerdo haberlo visto tan espreso en el derecho comun; hace al caso la l. 21. C. *de episc. et cler.*; en efecto así como puede uno desempeñar las funciones de su cargo por medio de substituto, cuando se le confiere alguna dignidad, podrá tambien verificarse así sobreviniendo la muerte: añád. l. 34. D. *de oper. libert.* 2. *resp.* Tal vez deberá esceptuarse el caso en que se haya tenido en consideracion la industria de cierta persona, lo que se presume mediando duda, segun la l. 31. D. *de solut.* y la l. únic. §. 9. C. *de caduc. toll.* O tal vez será mas acertado decir que aun cuando se haya atendido á la industria de cierta persona, podrá cumplir la obligacion por medio de substituto igualmente idóneo, en el supuesto de fallecer, arg. l. cit. y l. 27. C. *de episc. et cler.*; pues que de otra suerte los herederos podrian salir perjudicados; habiéndose hecho los preparativos para la obra, y hallándose esta comenzada.

(56) Hay culpa en ignorar lo que se dice saber, l. 13. princip. *D. de act. empt.*

(57) En caso de duda se presume haber respondido de su pericia el artifice, l. 9. §. 6. vers. *si quis vitulos D. locat.* y allí Bart.: parece que tambien responde de aquel cuidado que la obra requiere, segun Bart. en la l. 14. §. 17. D. *de furt.*: añad. l. 27. tít. 15. Part. 7. —* Véase la nota 41.

(58) Tenemos aquí que se exije la pericia al artifice; es decir la pericia comun y no la singular, segun Inoc. y los DD. en el cap. *cum in cunctis, de elect.* al princ.

(59) Como se establece tambien en la l. 8. de

tacha que auia en ella, assi como algun pelo, o alguna señal de quebradura, que era en la piedra; estonce, non seria tenudo de la pechar. Fueras ende, si quando la rescibio para engastonar, fizo tal pleyto (59) con el señor della, que como quier que acaesciesse, si la piedra se quebrantasse, que el fuesse tenudo de la pechar. E esto que diximos de los orebzes, se entiende tambien de los otros (j) maestros, e de los Fisicos (60), de los Cirujanos (61), e de los Albeytares (62), e de todos los otros que resciben precio (63), para fazer alguna obra, o melecinar alguna cosa, si errare en ella por su culpa, o por mengua de saber.

(j) menestrales, Acad.

LEY 11. *De los salarios que resciben los Maestros de sus escolares, por mostrarles las sciencias; que los deuen castigar de manera que los non lisien (64).*

Resciben los maestros salarios de sus escolares, por mostrarles (65) las sciencias; e assi los menestrales de sus aprendizes, para mostrarles sus menesteres: por que cada vno dellos es tenudo, de enseñar lealmente (66), e de castigar (67) con mesura, a aquellos que resciben para esto. Pero este castigamiento deue ser fecho mesuradamente (68), e con recabdo, de manera que ninguno dellos non finque lisiado, nin ocasionado, por las feridas que le diere su maestro, e porende dezimos, que si alguno contra esto fiziesse, e

este tít. con aquellas palabras: *El primero* etc.

(60) Véase lo que dije en la l. 12. tít. 22. Part. 3. y lo que nota Alber. en la l. 6. §. 7. D. *de off. præsid.*

(61) Estos no deben quemar, cortar, ni estraer huesos sin permiso de los parientes del enfermo, según la l. 1. tít. 16. lib. 4. del Fuero de las Leyes; é incurren en irregularidad si el enfermo hubiese muerto por haberle quemado ó amputado algun miembro, ó de resultas de la bebida que le ordenasen segun el cap. *tua*, 19. §. 1. *de homicid.* y el *Specul.* tít. *de legat. sub rubrica de dispensatione* §. *juxta*, col. 3. vers. *item exercens artem chirurgiæ.*

(62) Nómbranse aquí estos juntamente con los médicos: empero la Glos. en el cap. últ. 14. q. 5. dice que se equiparan á las comadronas: hace al caso la l. últ. princ. *C. commun. de legat.*

(63) Lícitamente recibe salario el médico por devolver la salud, segun esta l. y el cap. *qui studet*, 1. q. 1. junto con la Glos., donde mas bien se considera honorario que precio propiamente tal.

(64) Trae esta ley su orígen de la l. 5. §. 3. *D. ad leg. Aquil.* y de la l. 13. §. 3. *D. locat.*

(65) Entiéndase por el trabajo y como por via de recompensa, segun el cap. *judices* 1. q. 1. y lo nota la Glos. en d. cap. *qui studet*, caus y q. cit.

(66) El profesor, pues, debe tener por objeto al leer, el provecho de los escolares y no su propio lucimiento, segun la l. únic. C. *de stud. liberal. urb. Rom.*, y lo nota allí Juan de Plat.: debe tambien procurar acomodarse á la capacidad de sus discípulos, cap. *oporter*, 8. q. 1.

(67) Pueden, pues, los maestros castigar á sus discípulos; y aun mas, están obligados á ello, segun esta ley; y véase el cap. 1, 23. q. 5. al fin y la Glos. en el cap. *nullus*, 17. q. 4., donde se trata de los padres, obispos, prelados, maridos y amos, la Glos en el cap. *sicut alterius*, 3. q. 1. en la palabra *judicare*, y añad. Alex. —* Por Rl. órden de 25 de Agosto de 1834, se dispuso que no se usara en las escuelas y colegios, de la pena de azotar, ni de las demás que pudiesen causar lesion en los miembros.

(68) Como por la l. 6. *D. ad leg. Aquil.*; y véase el cap. *presbiterum* 7 *de homicid.*, la l. 13. §. 4. *D. locat.* y el cap. *cum voluntate* 54 *de sentent ex commun.*

(69) Entiéndase que podra ser reconvenido por la accion civil para la reparacion del daño, pero no podrá ser condenado á pena capital, segun la l. 5. § últ. *D. ad leg. Aquil.* y allí Florian. ¿Pero á causa de la culpa podra ser perseguido criminalmente además de pedirle la reparacion del daño? Parece que no á tenor de esta ley, la que tan solo exige la reparacion indicada estimándose los perjuicios á juicio de hombres buenos, y este es el parecer de Florian. en d. §. últ.; á mas de que, ni la culpa livísima, ni la leve, bastan para fundar la accion criminal, segun Bald. en la l. 5. C. *de episcop. et cler.*; empero si cuando la culpa fuese lata, como en el caso de la l. 7. *D. ad leg. Cornel de sicar.*: no obstante, la Glos. en la l. 11. §. 2. *D. de pœnis* quiere, que por razon de culpa leve ó levísima pueda castigarse criminalmente, y allí lo sostiene Bart. fundado en el mismo testo y en la l. 9. *D. de incend, ruin., naufr.*, si bien conviene en que debe moderarse la pena, y en apoyo de lo mismo viene la l. 11. tit cit. Baldo en la l. 11. C. *qui acus. non poss.* distingue del modo siguiente: si la culpa leve consiste en hacer se castigará criminalmente; pero no si estuvo en una mera omision; porque es mas culpable que esta el hecho positivo, l. 13 §. 2. *D. de usufr.*; en cuanto á la levísima dice, que no dará lugar á la accion criminal; y parece lo prueban dd. ll. 9. y 11. D. *de incend., ruin., naufr.*: y añade allí Bald. que la culpa leve será castigada con pena pecuniaria, y nunca con la capital, lo que merece notarse. Empero, Abb. en el cap. 2. *de constit.* col. 3. distingue de otra suerte; si el que

diesse ferida, a quel que mostrasse, de que muriesse, o fincasse lisiado; si fuere libre el que rescibiere el daño, deue el maestro facer emienda (69) de tal yerro como este, a bien vista del Judgador, e de omes buenos. E si fuesse sieruo, deue fazer emienda a su señor, pechando la estimacion, de lo que valia, si muriesse de la ferida; (k) e los daños, e los menoscabos, que le vinieron por esta razon. E si non muriere, e fincare lisiado, deuele pechar, quanto fallaren en verdad, que (l) valia menos porende; con los daños que rescibio por razon de aquella ferida.

LEY 12. *Como los que tiñen la seda, o cendales, o paños, por cosa sabida son tenudos de pechar el daño que ay viniere por su culpa.*

Seda, o cendales, o paños de lino, o otra cosa semejante rescibiendo vn ome de otro, para teñir, o para lauar, o para coser; si despues que lo ouiere rescebido, lo cambiasse a sabiendas, o por errança, dandolo a otro en logar de lo suyo; o si se perdiesse, se empeorasse, (m) rompiendolo, o dañandolo (70) ratones, o por otra su culpa; tenudo es de le pechar otro tanto, e tal, e tan bueno, como aquello que auia recebido, o la estimacion dello, a bien vista del Judgador, e de omes buenos que saben destas cosas atales.

LEY 13. *Como el que da afletada su naue a otro, deue pechar el daño de las mercaderias, e de las otras cosas, que se perdieren por su culpa.*

Afletada auiendo algun ome naue, o otro leño para nauegar; si despues que ouiesse metido en ella sus mercadurias, o las cosas para que la logo el señor de la naue, la mouiesse ante que viniesse el maestro (71) que la tenia de guiar, non seyendo el sabidor de lo fazer; o estando y el maestro, non quisiesse obedescer su mandamiento, nin seguirse por su consejo; si la naue (72) peligrasse, o se quebrantasse, estonce el daño, e la perdida, que acaesciesse en aquellas mercaderias, pertenescen al señor de la naue: porque

(k) et los daños quel venieren Acad.

(l) vale Acad.

(m) royéndolo Acad.

incurrió, dice, en culpa leve ó levísima puede ser castigado civilmente, procederá la primera opinion, que es la de Bald. y Cin. en d. l. 5. *C. de episc. et cler.*, porque la culpa leve debe castigarse levemente, cap. *cum. dilecti*, 18 *de acusat.*: y este dice ser el caso de d. l. 9. D. *de incend. ruin. naufr.*, al paso que si contra el culpable no hubiere nacido accion civil, por ej. si sin causar daño á persona alguna hubiese de otra suerte faltado á la ley, se procederá criminalmente habida razon del grado de culpa, á fin de que la falta no quede impune, y entónces procederá d. l. 11. §. 2. *D. de pœn.*: pláceme esta opinion de Abb. en el supuesto de ser levísima la culpa, como en el caso de la l. 9. cit. *D. incend. ruin. naufr.*; empero si la culpa es leve parece que aun cuando pueda ser reconvenido civilmente para la reparacion del daño, deberá ser castigado criminalmente con pena pecuniaria ó con otra pena leve, segun el carácter de la culpa, como tambien lo nota Bald. en la d. l. 5. C. *de episc. et cler.* y en la l. 1. *D. de leg.*, col. últ.; á favor de lo cual puede aducirse esta ley de Partida, la que quiere se haga la enmienda del delito al arbitrio del juez y de hombres buenos, con lo que se refiere no solo al daño causado, si que tambien á la pena criminal leve con proporcion á la culpa: y añád. Bart en la l. últ. *D. de privat delict.* La accion para el resarcimiento del daño y la que tiende al castigo del delito se instruirán en el mismo juicio, l. 3. C. *si advers. libert.* y en ella Bald. Añádase que si el que ha incurido en culpa levísima, no tiene con que reparar el daño, será castigado criminalmente, segun d. d. l. 9. *D. incend. ruin. naufr.* lo que debe añadirse á la decision de Abb. Nótese por fin que si el delito no se comete principalmente en daño de alguno, cesará toda pena si falta el dolo, aunque hubiese habido culpa, segun Bald. en la l. 38 princ. y l. pen. *D. de adulter.*: añádase á lo que llevamos dicho lo que espuse en la Glos. antepen. tít. 18. Part. 2.

(70) De esto arguye Bald. siguiendo á Jacob. de Belloviso, en la l. 13. §. 6. *D. locat.*, contra los usureros que dejan polillar los géneros que reciben en prenda, así como contra los bedeles de los escolares, y contra los tutores, curadores y copistas; sobre lo cual véase Bart. en la l. 2. *C. de murilegul.*

(71) No debe sin piloto emprenderse una derrota desconocida, cap. *si clericatus* 16. q. 1.

(72) Piérdese la nave que no lleva quien la dirija, segun esta ley y la l. 13. §. 2. *D. locat.* y allí Bald. ¿Qué diremos si lo hizo á pesar de la oposicion del cargador? Responderá tambien de la pérdida el naviero aunque la nave á la que hubiese trasladado las mercancías estuviese en buen estado, como lo nota la Glos. en d. l. 13. §. 1. D. *locat.*, fundada en la l. últ. *D. de usu et habit.* —* Véase el art. 636 del Cód. de Com.

auino por su culpa, porque se trabajo de fazer lo que non sabe; porende es tenudo de la pechar, a aquel que la auia afletada. Esso mismo dezimos que seria si el señor de la naue metiesse las mercaderias en otro nauio, que non fuesse tan bueno como aquel que auia alogado; sacandolas de la suya, sin sabiduria del mercadero, e sin su plazer (73) del que la auia afletada; que aquel nauio, en que assi las metiesse, peligrasse, al señor della pertenesce el daño, e non al mercadero.

LEY 14. *Del ome que alquila a otro toneles, o vasos malos, o quebrantados, para meter y vino, o olio, o otra cosa semejante.*

Toneles, o otros vasos malos, o quebrantados, alquilando vn ome a otro, para meter y vino, o olio, o otra cosa semejante; si por culpa de aquellos vasos se perdiere, o se empeorare, rescibiendo mal sabor aquello que y meten; si aquel que lo rescibe a loguero, non es sabidor de la maldad de los vasos quanto los logo, tenudo es el señor dellos, de pechar al otro el daño e el menoscabo que rescibio por culpa dellos; maguer que el señor non fuesse sabidor (74), que eran malos, o quebrados: e esto es, porque todo ome deue saber, si es buena, o mala, aquella cosa que aloga (75). E porende dezimos, que logando (76) vn ome a otro montes, o prados, para pasturas de ganados, o de bestias; si aquello que alogo para esto, ha malas yeruas, que matan, o empeoran por ellas los ganados que las pascen; si el señor es sabidor desto, es tenudo de lo dezir paladinamente, o de pechar al otro el daño, e el menoscabo, quel viniesse por la maldad de aquellas yeruas. Mas si el señor non sopiesse tal maldad, estonce non seria tenudo de pecharle los daños, nin los menoscabos; mas dezimos, que non le deue demandar el loguero nin el otro non es tenudo de gelo dar.

LEY 15. *De los pastores, e de los otros omes que guardan ganados, si reciben soldada por guardarlos, como deuen pechar a los dueños dellos, los daños que les vinieren por su culpa.*

Pastores, o otros omes que guardan los ganados, si reciben soldada (77) de los señores dellos, por guardallos, dezimos que deuen ser acuciosos (78), e se deuen trabajar, quanto pudieren, en guardarlos (79), bien, e lealmente, de guisa que non se pierdan, nin reciban daño de ninguna cosa, por mengua de lo que deuen ellos fazer; e deuenles catar logares conuenientes, e buenos, do sopieren que son las mas buenas pasturas (80), e buenas aguas, por do los trayan, segund conuiene a las sazones del año (81), tales en que pue-

(73) Si el maestre de la nave trasbordare las mercancías existiendo oposicion del cargador, responde de todo perjuicio, aunque se hallase en buen estado el buque que eligió, segun la Gloss. en d. l. 13. §. 1. D. *locat.* fundada en la l. ult. D. *de usu et habit.*— *Véanse los arts. 755, 756 y 757 del Cód. de Com.

(74) Esto es particular á las cubas ó toneles que tienen algun defecto, tanto si se alquilan como si se venden; porque el dueño podia fácilmente saber el estado de los mismos, segun esta ley y la l. 19. §. 1. *D. locat.*, y véase sobre la materia la distincion de Bald. en la l. 18. §. 3. *D. commod.* — *Lo mismo parece que tendrá lugar respecto de todas aquellas cosas cuyos defectos podian fácilmente conocerse por su dueño, como caballos, mulos, etc. l. 60. §. 7. D. *locat.*

(75) Lo mismo será si la vende, l. 6. §. 4. *D. de act. empt.*

(76) Sobre el caso que se vendiesen, véase la l. 63. tit. 5. de esta Part.

(77) Mediando retribucion por la custodia, se presta la culpa levísima, segun la l. 40. *D. locat.* y allí la Glos. y Bart. y Az. en la suma *C. de locat.* col. 3. y Paulo de Castr. en d. l. 40. y lo manifiesta esta de Partida.

(78) Con esto se le recomienda grande cuidado; lo mismo en la l. 24. y en la l. 6. §. 7. *D. quæ in fraud. credit.*, y en los Proverb. cap. 22. v. 29. donde se lee: *vidisti virum velocem in opere suo? Coram regibus stabit neque erit ante ignobiles*; y el Ecclesiastes cap. 3. v. 10. dice: *quodcumque potest facere manus tua, instanter operare.* Sin embargo, algunas veces el cuidado escesivo perjudica accidentalmente, porque lo que es culpa leve en un sugeto descuidado, será culpa lata respecto del que es muy diligente en sus cosas, segun Bald. en la l. 6. *C. de pignor. aot.* col. 4.

(79) Debe pues el pastor velar y no dormir cuando está con su rebaño, segun el cap. *oportet*, 81. dist., y como se dice en el psalmo 120. v. 4. *ecce non dormitabit, neque dormiet, qui custodit Israel. Latratu enim canum, et baculo pastorum arcendi sunt lupi*, 43. dist. al principio, Isaías cap. 55.

(80) Dice el Señor por boca del Profeta Ezequiel cap. 34. v. 2 y 3.: *Væ pastoribus Israel, qui pascebant semetipsos: nonne greges à pastoribus pascuntur? Lac comedebatis, et lanis operiebamini et quod crassum erat occidebatis: gregem autem meum non pascebatis.*

(81) Así pues si se hubiese legado á alguno el derecho de apacentar su ganado, vendrán comprendidos en la disposicion, así los pastos de

dan estorcer sin peligro del frio, e de las nieues del inuierno, e de las calenturas del verano. E los que contra esto fizieren, non poniendo y tal guarda, como sobredicho es, en quanto (*n*) pudieren, tenudos son de pechar (82) cada vno dellos al dueño del ganado, todo el daño, e el menoscabo que viniere por su culpa. E si por auentura alguno dellos dixere, que quando el daño auino e los ganados, que non fue por su culpa; mas que poniendo y toda su guarda que podia, acaescio el daño, e que non le pudo escusar; deue ser oydo: e si prouare (83) por algunas (84) señales ciertas (85), o en otra manera (86), (*ñ*) e jurare que assi acaescio (87), deuele valer: e por lo que prouare, e jurare (88), non lo deue pechar.

(*n*) podieren et sopieren, tenudos son Acad.

(*ñ*) ó jurare que assi acaesció, debel valer: et por lo que jurare ó probare Acad.

invierno como los de verano; hace al caso la l. 22. §. 1. *D. usu et habit.*

(82) El pastor pues resarcirá el daño causado por su culpa; así como el prelado que deja prescribir las cosas de la Iglesia, segun el cap. *quicumque* 12. q. 4., la Glos. en el cap. *placuit* el 2. 16., q. 3. y Abb. en el cap. *ex præsentium, de pignor.* 3. notab. y añád. la Glos. en el cap. *quamvis de regul. jur.*

(83) Tenemos aquí que el que está obligado á la custodia, no basta pruebe la pérdida de la cosa, sino que debe probar tambien que esta tuvo lugar sin culpa suya; tal era ya la opinion de la Glos. en la l. 9. §. 4. D. *locat.*, en la l. 32. §. 5. *D. de legat.* 2. y en la l. 6. §. últ. D. *de edendo*; y como dice Bald. en d. §. 5. no le basta al pastor que traiga las pieles de las reses, sino que es menester que pruebe el accidente que produjo su muerte: empero, sí no se hubiese encargado del rebaño á título de custodia y sí solo para conducirlo á algun punto mediante cierto salario bastará que pruebe la pérdida de las reses, aunque no manifieste haber sucedido sin culpa suya, segun d. l. 9. §. 4. á tenor de una de las lecciones, y lo afirman Juan de Imol. y Paulo de Castr. en d. §. 5. de la cit. l. 32; véase tambien á Alex. cons. 158. v. 2., la l. 5. *C. de pignor. act.* y allí los DD. y la l. 10. tít. 14. Part. 3.

(84) V. Juan de Plat. en la l. 2. y 3. *C. de naufr.*, y Juan de Imol., Paulo y Alex. en los lug. cit.

(85) Por ej. si la mayor parte de los animales que se apacentaban en el pais hubiesen muerto, l. 4. *C. de murileg.*; ó bien si manifiesta las señales de la enfermedad, de la que supone haber muerto el animal, las señales de sarna por ej.; á no ser que hubiese sido omiso en curarlo, ó que no hubiese cuidado de separar del rebaño la oveja sarnosa, cap. *resecandæ*, 24. q. 3. 45. dist. cap. *sed illud* 17. al fin y 1. q. 1. cap. *fertur* 28. Presentará tambien señales ciertas, si manifiesta como en el lugar donde estaba sobrevino alguna calamidad, tal como invasion de enemigos, inundacion ú otra parecida, como lo dice Bart. en d. l. 6. vers. *an vero hæredi D. de edendo*, y allí la generalidad de los DD.

(86) Por medio de testigos ó de otras pruebas.

(87) Así pues no bastará el juramento del pastor para probar que la pérdida aconteció sin culpa suya: como el pastor está obligado por via de accion, y no por el mero oficio del juez, es consiguiente que no basta la prueba del juramento, como lo nota Bart. en d. vers. *an vero hæred.* de d. l. 6. *de edendo*, y lo prueba la cit. l. 5. C. *de pignor. act.* y d. l. últ. *C. de fide instrum.*: Véase tambien á Bart. en la l. 13. §. 6. *D. de excusat. tutor.*, donde dice, siguiendo á Raymundo, que el que está obligado por contrato no puede probar el caso fortuito por medio de juramento, y á la Glos. en d. l. últ., sobre la palabra *sacramento*: añádase que segun Ang. en la l. 14. D. *de custod. reor.* sobre la glosa que empieza *á custode* se presume que la res se perdió por culpa del pastor, mientras no pruebe lo contrario, lo que, dice, puede hacerlo por medio de fundadas conjeturas. ¿Y cuando el daño es de poca monta se deferirá al juramento del pastor? Así parece si este es hombre de buena fama; y en apoyo de esto viene la l. 46. tít. 9. lib. 6. del Ordenam. y lo que nota Bart. en la l. últ. §. 9. *C. de jur. deliber.*, á saber que en punto á las impensas necesarias de poca cantidad, se esté á lo que el heredero jurare.

(88) ¿Pero porque contra lo dispuesto en el cap. 2. *probat.* se le exige el juramento habiendo probado ya? Dígase que esto debe entenderse en el supuesto que la prueba no fuese plena, es decir, cuando solo mediasen conjeturas: el que solo tiene la presuncion á favor suyo no se reputa haber probado, segun Bart. en la l. 1. *C. de fid. et jur. hast. fisc.*: así pues, en los términos indicados debe entenderse el cit. cap. 2. y así lo opina Dominic. en el cap. 1. *de juram. calum.* lib. 6., á quien sigue Dec. en d. cap. 2. notab.: ó bien podrá decirse que si hubiese algun motivo para sospechar de la veracidad de los testigos, tendrá tambien lugar el juramento, como lo notan Abb. y otros en d. cap. 2.: de consiguiente quedará esto al arbitrio del juez, quien atendidas las circunstancias del caso y la calidad de las personas, podrá exigir el juramento, aunque mediase prueba plena.

Fueras ende, si el señor del ganado pudiere prouar, que le auino por culpa del pastor, ca estonce non le deue dar la jura (89).

LEY 16. *De los Maestros que toman a destajos, e los obreros labores, o obras, por precio cierto; que lo deuen pechar, si lo fizieren falsamente.*

Destajos toman a las vegadas los maestros e los obreros, lauores, o obras, por precio cierto (90). E por cobdicia de las acabar ayna (91) acuytanse tanto, que falsan las lauores, o non las fazen tan buenas como deuian. E porende dezimos, que si alguno recibiere a destajo (92) lauor de algund Castillo, o de torre, o de casa, o de otra cosa semejante; e le fiziere cuytadamente (93), o la falsare de otra guisa, de manera que se derribe ante que sea acabada (94); que es tenudo de la refazer de cabo, o de tornar (95) al señor el precio, con los daños, e los menoscabos que le vinieron por esta razon. E si por auentura non cayere la lauor ante que sea acabada, e entendiere el señor della, que es falsa, o que non es estable; estonce deue llamar (96) a omes buenos e sabidores, e mostrarles la lauor: e si aquellos omes sa-

(89) Así pues si el actor prueba plenamente la culpa no habrá lugar á deferirse al juramento, por razon de las conjeturas que el convenido adujo en favor suyo. Si las pruebas fuesen directamente opuestas debe deferirse á la que hizo el actor si fué plena; y en este sentido esta ley apoyará la decision de Bald. y los D D. en la l. 31. *D. de jurejur.* col. 11. vers. *quid si actor.*

(90) Con este precio debe atender á su manutencion mientras trabaja, sin que pueda pedir alimentos á mas de dicho precio, á no ser que así lo exija la costumbre del pais, como lo notan Bart. en la l. 26. §. 12. *de condict. indeb.* col. pen. vers. *quid ergo dicemus*, y Bald. en la l. 10. *C. de oper. libert.*; lo que procede, no solo cuando la obra se contrata por un solo precio, si que tambien cuando se promete al operario un tanto por dia, mes ó semana, segun los D D. y en particular Bald. en d. l. 10.

(91) Toda obra necesita de cierto tiempo, cap. *ponderet* 50. dist.; de ahí es que se reprueba aquí la precipitacion, así como en otra parte se castiga al tutor que vende las cosas del menor arrebatadamente, l. 7. §. 1. *D. de administr. tutor.*, y lo obrado por el curador al momento de su creacion antes de hallarse debidamente informado, y al juez que sanciona con su autoridad los actos de dichas personas sin el debido conocimiento de causa, l. 5. §. 9. *D. de reb. eor. qui sub. tutel.*, y Pedro de Anchar. cons. 83. que empieza *visis diligenter actis et actitatis*: y dice Bald. en la l. 3. *C. de secund. nupt.* 2. lect., que la precipitacion es prueba de malas costumbres, y que la iniquidad procede arrebatadamente; y al contrario, que la virtud es lenta é investigadora: véase la Glos. al cap. *non in perpetuum*, 24. q. 3.

(92) A saber cuando se obliga á llevar á cabo la obra á su juicio, pero de manera que se apruebа al arbitrio de buen varon; tanto si se estipula un solo salario por toda la obra, como si se promete por cada uno de los dias que se empleen en ella, segun la l. 51. §. 1. *D. de locat.* donde perfectamente lo espone Paulo de Castr. —* Decimos hacerse la obra á destajo, en el único caso de haberse contratado por un solo precio, y en este sentido parece tomarse dicha palabra por esta misma ley, cuando dice al principio, *por precio cierto*: en efecto, si la obra se contrata á tanto por dia, el precio es incierto al tiempo del contrato.

(93) Es decir, precipitadamente, como llevo indicado; por ej. si antes del tiempo que se necesita para que una pared se seque y se afirme, edifica sobre la misma, con la mira de concluir mas pronto.

(94) Y aunque el edificio se hubiese dejado concluido, si cae antes de los quince años, segun la l. 21. tít. últ. Part. 3. y la l. 8. *C. de oper. publ.*; cuyas leyes, si bien parece que hablan de las obras públicas, y que en este sentido las toman los D D.; sin embargo, visto que estriban en que cayendo el edificio dentro del indicado tiempo puede presumirse proviene de mala direccion del arquitecto, y que en ese punto no puede haber razon de diferencia entre edificios y edificios, parece que serán tambien aplicables á los edificios privados: de consiguiente, en caso de duda, esto es, si no se probase ningun caso fortuito de los que pudieran causar la ruina del edificio, se hará responsable de ella al que lo dirijió, siempre que acontezca antes de los quince años. No se crea ser la intencion de esta ley, que el que tomó la obra á destajo cargue con todos los accidentes que en ella puedan sobrevenir antes de estar concluida: hácele cargo únicamente del daño que vino por su culpa, l. 59. *D. de locat.* y l. 15. *D. de verb. oblig.* —* Véase la nota 99.

(95) No se le precisa pues al hecho mismo, l. 13. §. últ. *D. de re jud.*, l. 72. *D. de verb. oblig.* y véase lo espuesto en la l. 3. tít. 14. de esta Part.

(96) Segun esto la misma parte elige los peritos: pero dígase que deben elegirse por entrambas, segun la l. 6. §. 1. *C. de secund. nupt.* y si no convinieren, el juez hará la eleccion, segun Bart. en la l. 1. §. 1. *D. de inspic. ventre* y Abb. en el cap. *proposuisti*, 4. *de probat.* col. 4. al cual véase; y

bidores (97) entendieren, que la lauor es fecha falsamente, e conoscieren (98), que el yerro auino por culpa del maestro; deuela refazer de cabo, o tornar el precio con los daños, e los menoscabos, al señor della, segund es sobredicho. Mas si los omes sabidores, que llamassen para esto, entendiessen que la lauor non era falsa, nin en culpa el maestro; mas que se empeorara despues que la el fizo, o entre tanto que la fazia, por alguna ocasion (99) que acaesciesse, assi como por grandes lluuias, o por auenidas de aguas, o por terremotos, o por otra cosa semejante; estonce non seria tenudo el maestro, de la refazer, nin de tornar el precio que ouiesse recebido.

LEY 17. *Quales deuen ser las obras, que pertenescen a fazer a los maestros, a pagamiento de los señores.*

Pleytean a las vegadas los maestros, de fazer algunas lauores a aluedrio de los señores dellas, diziendo assi: que farian tal lauor, que se pagaran della, quando la vieren acabada. E porende dezimos (100), que el maestro que desta guisa destajare la obra, si la fiziere bien e lealmente; e el señor, quando la viere acabada, dixere maliciosamente, que se non paga della, por retenerle el precio que auia de auer, o por embargarle de otra guisa; que lo non puede fazer. Ca el pleyto de tal aluedrio, como es sobredicho, se deue entender desta guisa; que el señor de la obra se deue pagar della, si bien fecha fuere, segund se pagarian della otros omes buenos, e sabidores. E porende, si los omes sabidores, a que fuere mostrada la obra, dixeren que es buena, non puede el señor por tal pleyto, embargar al maestro, nin retenerle el precio que le auia de dar; ante dezimos, que el Juez del lugar le deue apremiar que gelo de, maguer non quiera. Otrosi dezimos (101), que destajando algund ome alguna lauor so tal pleyto, que fara la lauor en tal guisa, que por qual manera quier (102) que se pierda,

estos peritos deben ser de los mas entendidos, v. Bald. en la l. 12. *D. de stat. hom.*

(98) ¿Qué dirémos si discordasen? Debe deferirse al parecer de los mas peritos, aunque los otros sean mas en número, Bald. in 1. *forum. constit.* princ. col. pen. vers. *sed quid si discordant*, y Abb. en d. cap. *proposuisti*, col. 3. Sobre el caso en que los médicos disientan acerca de si es ó no mortal la herida, véase Bald. en el cap. 1. *quib. mod. feud. amittatur* y Dec. cons. 415. col. 1.

(99) Concuerda con las ll. 59. y últ. *D. de locat.* —* Estas leyes y la 36. del mismo tít. son mas esplícitas que la de Part. Distinguen entre la obra contratada á tanto por peso número ó medida y la que se prometió ejecutar con la condicion de aprobarse: en el primer caso, el locador no deberá la parte de precio correspondiente á la parte de la obra que ha desaparecido por caso fortuito, mientras no se hubiese contado, pesado ó medido, ó que el no haberse verificado proviniese de culpa del mismo locador, l. 36. cit.: en el segundo caso, si la obra desparece por caso fortuito antes ó despues de concluida, el locador deberá pagar la parte ó el todo del precio, si se habia aprobado, ó bien si fué culpa suya el que no se aprobara, l. cit.; y tambien cuando el conductor probare que era tal que debia aprobarse, l. 37. tít. cit. En la l. sig. de Part. vers. *Otrosi*, se trata del caso en que, además de ser contratada la obra con la condicion de aprobarse, se convino espresamente que correria á riesgo del conductor, de cualquier manera que se perdiese ó derribase, mientras no se hubiese aprobado.

(100) Concuerda con la l. 24. princ. *D. de locat.*

(101) Concuerda con las ll. 36. y 37. *D. de locat.* y con Az. en la suma *C. de locat.* col. 4. vers. *venit etiam.*

(102) Aunque bajo semejante cláusula cargue con el riesgo mientras la obra no se apruebe por el que mandó hacerla, no responderá del caso fortuito por mas que el dueño de la obra no haya sido moroso en aprobarla, segun la Glos. en d. l. 36. *D. de locat.*; á no ser que espresamente hubiese prometido responder del caso fortuito, segun lo anotado por Bart. y los D D. en la l. 4. §. 4. *D. si quis caus. judic.*: sin que obste la l. 13. §. 5. *D. locat.* porque la entiende Bart. del supuesto en que se hubiese prometido responder del caso fortuito; en cuyo caso, aunque provenga de la naturaleza de la cosa responderá del mismo el que prometió hacer la obra, como lo dice Alex. en d. l. 4. §. 4. Empero, Paul. de Castr. en d. l. 36. entiende de otra suerte la cit. l. 4. §. 4.: su opinion, aunque oscuramente espresada, parece reducirse á que de haberse uno comprometido como artífice, se sigue que respondio de su pericia, por lo cual se le hace cargo de la culpa levísima; así es que, si toma la obra de su cuenta y riesgo, deberá responder del caso fortuito, á fin de que el pacto produzca algun efecto, porque faltó á la verdad diciendo ser perito en el arte, debiendo conocer la naturaleza de la piedra preciosa y que por el vicio de que adolecia ó por su carácter no podia esculpirse sin romperse: pero no seria así, cuando el daño no proviniese de vicio de la cosa, ni de impericia del artífice, y si de una causa esterna: porque prestando entónces únicamente la culpa leve, el pacto producirá efecto respon-

(o) o se derribe, fasta que el señor otorgue que se paga della, sea a su peligro; si quando la obra fuesse acabada, dixesse el maestro al señor; que viesse si se paga della; si el lo metiesse por alongamiento, que la non quisiesse ver, o la viesse, e non quisiesse dezir que se pagaua ende, seyendo la obra buena; si de aquella sazon adelante se perdiesse, o se derribasse por alguna ocasion, que non auiniesse por culpa del maestro (103), ni por maldad de la obra; estonce el peligro seria del señor, e non del maestro. Otrosi dezimos, que si el señor se pagasse (104) de la lauor, e despues que otorgasse que se pagaua della, se derribasse, o se menoscabasse, que dende en adelante seria el peligro del, e non del maestro.

LEY 18. *Que la cosa deue ser tornada a su señor, cumplido el tiempo del arrendamiento.*

Complido seyendo el tiempo del arrendamiento, o del loguero, deue ser tornada la cosa, que assi fuesse dada, a su señor (105). E si por auentura fuere rebelde el que la tuuiere (106), non la queriendo entregar, assi como sobredicho es, fasta que fuesse dado juyzio contra el, deuela tornar despues doblada, a aquel que gela logo, o gela arrendo, o a sus herederos. Otrosi, quando algund menoscabo auiniere en aquella cosa por su culpa (107), deuelo pechar.

LEY 19. *Como la cosa que es arrendada, o alogada, se puede vender a otro.*

Auiendo arrendado algund ome, o alogado a otro, casa, o heredamiento, a tiempo cierto, si el señor della la vendiere (108) ante que el plazo sea cumplido, aquel que la del comprare, bien pue-

(o) o se derribe fasta que el señor otorgue Acad.

diendo de la levísima el artífice á consecuencia del mismo: esto supuesto, si en el caso de nuestra ley el edificio cayó por defecto del solar, el arquitecto que emprendió la obra á su riesgo será responsable de este accidente del cual no respondiera sin el pacto, segun la l. últ. *D. locat.* porque puede esto imputarse á impericia suya: pero no si el edificio se destruye á causa de terremoto ó de una tempestad, pues que nada hay entónces que pueda imputarse á impericia del artífice; lo que merece notarse como limitacion de la l. últ. *D. locat.* — * Parece mas probable que responderá el conductor ó artífice del caso fortuito, si el pacto se concibe en los términos de esta ley; tanto mas, cuanto el que egecuta alguna obra de su arte responde de su pericia, y que por esta causa puede considerarsele ya responsable por punto general, de la culpa levísima, como dejamos manifestado en la nota 41.—* Véase la nota 99.

(103) Aunque sea levísima, pues que segun dije en la nota anterior, se le hace cargo de ella. Nótese que el caso fortúito no libra de la responsabilidad en que se ha incurrido por razon de culpa anterior, como tambien lo nota Bart. en la l. 37. *D. locat.* deduciéndolo de la misma *á sensu contrario.* Tambien se colige de aquí que la mora del locador en aprobar la obra, no libra al conductor de la culpa precedente, lo que prueba bastante d. l. 37., véase en ella la Glos.

(104) Así pues, aprobada la obra el riesgo es del locador que la aprobó; es decir que carga con el daño que ella sufre por custodiarla mal ó por caso fortuito. Empero, si provino el daño de algun defecto de la obra misma, ó de culpa del arquitecto, recaerá en el locador ó dueño si tuvo conocimiento de dicho vicio ó culpa y sin embargo dió su aprobacion; mas no cuando ignoró el defecto de la obra y particularmente si fué engañado en el acto de aprobarla, pues entónces responde de los perjuicios el conductor, segun Bart. en d. l. 36. *D. locat.* y véanse allí las leyes que alega.

(105) Presúmese dueño el que otorgó el arriendo, de consiguiente no necesita probar el dominio, como lo nota Bart. en la l. 10. *C. unde vi:* lo que debe entenderse en el supuesto que se funde en el contrato de arrendamiento; pero si instituye la accion *rei vindicativa* sin hacer mencion del contrato, deberá probar el dominio, aunque en el proceso conste la existencia de aquel como lo notan la Glos. y los D D. en la l. 25. *C. de locat.* y hacen al caso la l. 13. princ. *D. de institor.* y el cap. *abbate sanè* 3. *de re judic.*, y lo sienta Alex. consil. 43. vol. 4. col. 1. al fin.

(106) Es decir, en virtud del contrato de locacion, ya sea el mismo conductor, ya su heredero, segun la l. 34. *C. de locat.* y la l. 10. *C. unde vi:* en cuanto al heredero, entiéndase bajo el supuesto que fuese sabedor del contrato, segun Bart. en d. l. 10.

(107) Responde pues el conductor del dolo y de la culpa leve, l. 28. *C. de locat.*

(108) Lo mismo si la legase ó de otra suerte la transmitiere á título singular: porque el sucesor singular no está obligado respecto del colono, l. 32. *D. locat.* y l. 120. §. últ. *D. de legat.* 1.

(109) Pero si no quisiese despedir al colono, ¿deberá este continuar en la observancia del contrato? Dígase que no, segun la l. 32. D. *locat.*, sea largo ó breve el tiempo del arriendo; porque la accion personal que compete al locador no se trasmite sin cesion al sucesor singular: empero, si esta cesion se hizo, deberá seguir el co-

de echar della (109) al que la tiene alogada (110); mas el vendedor que gela logo, tenudo es, de tornarle tanta parte del loguero (111), quanto tiempo fincaba que se deuia della aprouechar. Pero dos casos (112) son, en que el arrendador de la cosa arrendada, non podria ser echado de-

lono, como lo declara Bart. á quien sigue Juan de Plat. en la l. 3. C. *de mancip. et colon.*

(110) Lo mismo tendrémos si fuese un simple comprador de los frutos, segun Bald. en la l. 33. D. *locat.* 2. lect., fundado en el mismo testo.

(111) ¿Será además condenado á los daños é intereses? Así parece segun la l. 25. §. 1. D. *locat.* y la l. 120. §. 1. D. *de legat. 1.*, Bart. en la l. 9. C. *de locat.*, Alex. en l. 25. §. 4. D. *solut. matrim.* y Alber. en d. l. 9.; en efecto, habiendo podido el vendedor salvar en el acto de la venta los derechos del colono ú inquilino, justo es que le indemnice. — * Dijo, pues, esta ley menos de lo que quiso *(minus dixit, plus voluit)*. Si no se admitiese semejante interpretacion, tendríamos esta ley en oposicion, no solo con la equidad y con el derecho romano, como lo manifiesta Gregorio Lopez, si que tambien con la l. 21 de este mismo título, la cual da al conductor accion para pedir la reparacion completa de perjuicios, siempre que esperimente embargo ú estorbo que provenga de hecho del mismo locador ó de persona á la cual este podia prohibírselo.

(112) Añádase otro á tenor de la l. últ. D. *de jur. fisc.*, es decir, cuando el colono lo es del fisco; á fin de que este no quede gravado con el cargo de la indemnizacion: lo mismo dice Ludov. Roman. en la l. 25. §. 4. D. *solut, matrim.* respecto del sucesor singular de la Iglesia, dado que esta y el fisco quedan colocados en una misma línea por la l. últ. C. *de Sacros. Eccles.*, y así opina Bart. en la l. 3. C. *de mancip. et colon.* Empero, lo contrario sienta Alex. respecto de dicho sucesor singular en d. l. 25. §. 4. col. 4.; y á la cit. l. últ. en la cual se fundan Bart. y Roman. contesta que en ella se dice únicamente que la ciudad y la Iglesia se equiparan; sin hallarse una sola palabra que se refiera al fisco: de consiguiente, no diciendo la ley que deba ser mantenido en la finca el colono de la ciudad, tampoco lo será el de la Iglesia: aduce tambien que el fisco tiene el privilegio de hipoteca tácita, l. 2. C. *de privil. fisc.*, el cual no compete á la Iglesia segun Bald. en la rúbr. C. *de privil. fisc.* y en d. l. últ. Con todo viene en apoyo de la opinion de Roman. lo que dice Abb. en el cap. *venerabilis, de judic.* col. 4., á saber, que la Iglesia goza de igual privilegio que el fisco, y lo que nota la Glos. en el cap. *auditis, de in integr. restit.* sobre la palabra *jure minoris,* á saber, que la Iglesia goza de igual derecho que el Imperio: alega la Novel. 7. cap. 2. §. 1., donde se establece que el Imperio y la Iglesia no difieren mucho entre sí. Hace tambien al caso la Glos. en la l. 5. D. *de jur. fisc.* sobre la palabra *soluto,* donde estiende á la Iglesia lo que d. l. dispone acerca del fisco, es decir que el procurador de aquella, de la misma suerte que el de este, no pueda conceder plazo para el pago del precio: tambien Abb. en d. cap. *auditis*, col. 3. vers. 2. notab., infiere de d. Glos. que los privilegios del Imperio competen á la Iglesia, y con él simplemente se conforma Franc. Balb. en el tratado *præscript.* fol. 43. col. 4. vers. 4. *quæro:* hace tambien al caso lo que aduce Luc. de Pen. en la rúbr. C. *de superindicto,* en la cuestion aquella, *¿an sicut terræ domanii, seu coronæ regiæ sunt inmunes à superindicto (quod dicitur alleviatio aliquorum non valentium solvere tributa fiscalia, et superimpositio super alios vicinos), an etiam terræ ecclesiasticæ, seu Ecclesiarum gaudeant tali inmunitate?*

A pesar de todo opino con Alex. que la Iglesia no goza en este punto del indicado privilegio del fisco: porque ninguna ley establece en general que á aquella competan los mismos privilegios que á este: en cuanto á Abb. habla en este punto sin el apoyo de ley alguna; y á la Novel. cit. se contesta que versa sobre otra materia, y además que el mismo testo prueba contra Abb. cuando dice *non multum differt,* con lo que manifiesta no querer que se equiparen en todo; de lo que resulta que habrá lugar á pretender que no gozan de igual derecho en las materias en que esa igualdad no se hubiese espresado, como lo dice Alex. respecto del privilegio de la hipoteca tácita: añádase que si bien es nula la sentencia proferida contra el fisco cuando quedó indefenso y sin abogado, segun la l. 3. §. 5. D. *de jur. fisc.;* sin embargo, subsiste la que es proferida contra la Iglesia que no carece de prelado, aunque no se defienda, ni comparezca el procurador, segun el cap. *ex litteris 4. de in integr. restit.* y allí la Glos., los DD. en el cap. últ. *ne sede vacante* y la Glos. en la l. 6. C. *quomodo et cuando judex:* además, como dice Jas. en el §. 18. *Inst. de act.*, cuando la ley equipara dos casos en una materia, no se estiende la disposicion á los de la materia distinta; de consiguiente quiere que el fisco y la Iglesia gocen de igual privilegio en los únicos casos espresos, y no generalmente: lo mismo sienta Alber. en la l. 2. C. *quib. caus. pig. vel hipot. tacit.* Hace tambien al caso el que, mediando duda la Iglesia queda sujeta al derecho comun, segun el cap. 1. *de alienat. feud.* que para este objeto alega Salic., la l. 1. vers. *nunc transeamus ad personas C. de Sacros. Eccles.* y Alex. cons. 182. col. 1. vol. 5. De otra parte la Glos. en d. l. 5. §. 1. D. *de jur. fisc.,* no se funda en la igualdad indicada, pues que estiende al menor la disposicion de la misma ley: y la razon está segun Bart. en la l. 15. §. 7. D. *de re judic.* en que el fisco, el

menor y la Iglesia no pueden vender sin causa, á saber, para satisfacer á los acreedores, lo que no cumple el procurador dando plazo para el pago del precio; así pues, no puede decirse que la indicada decision se funde en que por la ley se equiparen el fisco y la Iglesia.

Tenemos pues que el comprador puede despedir al colono de la Iglesia, y añad. Curcio el mayor, que así opina cons. 10. Hay otro caso aun en que el comprador no puede despedir al colono, á saber, cuando despues de verificada la compra de la heredad dijo al colono: quiero que siembres, que cultives de tal manera, etc.; con lo que parece haber hecho un pacto tácito con el colono de mantenerlo en el predio, segun la Glos. en d. l. 9. C. *de locat.* sobre la palabra *tácito* y allí Albor., y alega la l. 13. §. 11. D. *locat.*, diciendo haber conseguido que así se fallara. Añádase otro caso, á saber, cuando el colono recibió la finca por una parte de los frutos, segun Jacob. Butric. en la l. 16. D. *pro socio*, y Alber. en d. l. 9., donde sienta lo contrario Jacobo de Belloviso, así como el *Specul.*, aunque no sin vacilar, en el tít. *de locat.* §. 1. vers. *sed pone locavi tibi* y Alex. en d. l. 25. §. 4. D. *solut. matrim.* Fúndanse en que semejante colono no tiene derecho en la cosa ni en los frutos hasta que los haya percibido, l. 60. §. 5. D. *locat.* y allí la Glos. y lo prueba la l. 12. §. 5. D. *de usufruct.*: alegan tambien, que una vez celebrado el contrato los frutos pertenecen al comprador; y que el colono no tiene accion personal contra el mismo, porque ella no pasa al sucesor singular, d. l. 9. y l. últ. §. últ. D. *de contrah. empt.*, Bald. en d. l. 9. col. 2. opina lo mismo, diciendo, que el colono tan solo podrá permanecer en el predio por lo que mira al año en que lo sembró y cultivó: y lo que dice Bald. de este año, parece deberá entenderse si los frutos se hubieren percibido ya, y no de otra suerte, si bien el colono tendrá el derecho de retencion hasta que se le satisfagan los gastos que hizo, porque como se ha dicho, ni aun sobre los frutos tiene derecho constituido: á esto se agrega lo que dice Juan Andr. en las adic. lug. cit. sobre la palabra *fisci*, á saber, que si en virtud de estatuto deben destruirse los bienes del que se halla desaforado, se destruirán tambien los frutos, á pesar de deberse los trabajos del colono y no obstante los derechos del mismo, porque los frutos son parte del predio, l. 44. D. *de rei vindic.* Esceptúase tambien el caso en que hubiese intervenido la hipoteca de los bienes para la observancia del contrato, segun Bart. en la l. 1. §. 6. D. *de superfic.*, en d. l. 9. y en d. l. 25. §. 4. D. *solut. matrim.*, donde añade Alex. que el efecto de esta hipoteca no será que el comprador deba precisamente permitir que siga el colono, pues que ella es accesoria de la obligacion principal, la que se resuelve en la de daños y perjuicios, segun d. l. *qui fundum*; es de ahí que ofreciéndose por el comprador el importe de los perjuicios podrá despedir al colono, lo que está conforme con la opinion de Bart. en d. l. 9., y con la de Salic. que en dicho lugar discute latamente este punto, y lo mismo opina Jacob. Butric. en d. l. 25. §. 1. D. *locat.*; esta opinion en la que convienen todos los DD. es sin duda arreglada á derecho. Con todo adviértase que Juan de Anna en el cap. últ. col. 5. vers. *quid autem si colonus, ne prœlati vices suas*, etc. emite una especie bastante notable si fuese cierta, á saber, que si el colono ó inquilino dice al comprador que lo que le interesa es seguir en el arriendo, y de consiguiente que quiere retener la cosa sin entenderse de intereses pecuniarios; entónces no podrá ser despedido, porque de otra suerte no podria indemnizársele: en prueba aduce la l. 7. §. últ. D. *de distract. pign.*, y además que el que se funda en la hipoteca, ya accionando ya escepcionando, solo puede ser desposeido cuando se le ofrece aquello mismo en seguridad de lo cual la cosa se hipotecó, como lo prueba la l. 12. §. últ. D. *quib. mod. pign. vel hipot. solv.*; y por fin que así como en este caso el locador que ha vendido la cosa no puede despedirlo porque estaba obligado á dejarle gozar de ella, tampoco podrá el comprador: porque puede ser precisado á lo mismo como poseedor de la hipoteca, segun lo anotado en la l. 72. vers. *Celsus D. de verb. oblig.*

Aunque no encuentro impugnada esta especie, no la creo cierta: óbstale la opinion general de los DD., los que cuando hablan de lo que interesa al colono no se refieren á su voluntad ó afeccion y sí á los perjuicios que en realidad debe sentir. Si se le diese una casa ó predio equivalente, y además se le resarciese el perjuicio que se le causa, debe darse por satisfecho, y no se atenderá á su capricho. A las razones de Anna la contestacion es fácil: por lo que mira á d. l. 7. §. últ., habla del caso en que se estipuló que no se enagenaria la cosa hipotecada, de modo que para que dicha ley proceda no basta la hipoteca sola, como luego lo demostraré: además hay disparidad entre el comprador y el locador que vende la cosa; en efecto, este estaria obligado si no hubiese vendido dicha cosa á permitir que el conductor permaneciese en ella y gozase de la misma, segun el capít. últ. *ne prœlati vices suas* y allí Abb., entendiendo las palabras *fide data* por promesa hecha sin juramento, y añad. *Specul.* tít. *de locat.* §. 2. vers. *quid in rem locatam* y Bald. en la l. 9. princ. D. *locat.*, cuyo testo hace bastante al caso; por otra parte el locador de la misma manera que el vendedor debe precisamente entregar la cosa, porque los dos contratos se rigen por los mismos principios, segun la l. 1. D. *locat.* y el princ. *Inst.* tít. cit., si bien el conduc-

lla, maguer se vendiesse. El primero es, si fizo pleyto (113) con el vendedor, quando gela vendio, que non le pudiesse echar della al que la touiesse logada, fasta que el tiempo fuesse complido, a que la logo. El segundo es, quando el vendedor la ouiesse logada, para en toda su vida (114) de aquel a quien la logara, o para siempre tambien del, como de sus herederos. Ca por qual-

tor puede, si le acomoda, pedir el *id quod interest*, l. 15. princ. y l. 24. §. últ. D. *locat.*: ahora bien, semejante obligacion no pasa al comprador, y de consiguiente puede despedir al colono, en lo que estriba la l. 9. C. *de locat.* y lo prueba la l. últ. §. últ. D. *de contrah. empt.*: de otra parte celebrada la venta y hecha la entrega por el locador, ya no es posible convenir que no se despida al colono, pues que dicho locador se ha desprendido de todos sus derechos mediante la venta para la cual le autorizaba la ley: queda pues únicamente la obligacion personal de reparacion de perjuicios, y por lo mismo la hipoteca solo obrará respecto de esta obligacion. Sin embargo, si hubiese mediado el pacto de no enagenar la cosa durante el tiempo del arriendo obligando el locador sus bienes y en especial la casa ó predio arrendado, entónces la venta será nula á tenor de d. l. 7. §. últ. D. *de distract. pign.* segun la lect. genuina, y en virtud de la l. últ. tít. 5 de esta Part. (la que no tuvo presente Rodrig. Suar. en su comentario á la l. *post rem judicatam*, sobre la palabra *que las cumplades* de la l. del Ordenam., donde trata de persuadir que segun la verdadera leccion del §. últ. de d. l. 7. la venta seria nula) en dicho caso el comprador no podrá despedir al colono; ó mejor, como no adquiere el dominio ni otro derecho en la cosa no puede accionar contra dicho colono ó inquilino: y así lo sienta Alex., siguiendo á otros, en d. l. 25. §. 4. D. *solut matrim.*, el cual si bien con otros que allí cita parece inclinarse á que sea indispensable que el predio se hipoteque especialmente, sin embargo opino que será lo mismo en el caso de no haber mas que la hipoteca general, lo que tambien quiso el mismo Alex. en la l. 38. §. 1. D. *de adquir. posses.* y Rodr. Suar. lug. cit. vers. *adverte tamen*, no pudiendo señalar razon de diferencia entre las dos especies de hipoteca. Véanse otros casos de escepcion en lo anotado por Alex. y los DD. en d. l. 25. §. 4. y por estos en d. l. 9. C. *de locat.*: bástame con haber espuesto los que me han parecido mas dignos de atencion. Acerca de si el sucesor al mayorazgo puede ó no despedir al colono, véase lo que dije en la ley 2 de este título.

(113) De este pacto nace á favor del colono ó inquilino el derecho de escepcionar, arg. l. 10. §. últ. *D. de pact.* y l. 53. §. últ. *D. de act. empt.* y segun Bald. en d. l. 9. C. *de locat.* el cual en este punto aprueba la segunda opinion de la Glos. sobre la palabra *emit*, al paso que Salic. aprueba allí la primera: que el colono puede escepcionar lo prueban bastante las últimas palabras de esta ley, *deue ser guardada la postura*; y no habrá lugar á duda en virtud. de la l. 3. tít. de las ecepciones, lib. 3. del Ordenenam. que empieza *Paresciendo* etc.

(114) Tenemos que será perpetuo lo que se convenga para durante la vida, segun la l. 1. *D. pro socio*; de esta especie de arriendo trata la Glos. en el §. *perpetua*, 10. q. 2. y en la Clement. 1. *de reb. Eccles. non alien.* Empero, si el arriendo no se celebró para el tiempo de la vida del colono, ó para él y sus herederos, como aquí se dice, y si para el tiempo de diez ó mas años, ¿podrá el colono ó el inquilino ser despedido por el comprador? La Glos. y la generalidad de los DD. están por la negativa en d. l. 9. C. *de locat.* y en d. l. 25. §. 4.; pues que semejante colono ó inquilino tiene derecho en la cosa, segun la l. 1. §. 6. *D. de superfic.* en la que Bart dice ser esta la opinion comun, y la Glos. en la l. últ. D. *si ager vectig.*: transmiten pues el dominio útil en virtud de semejante arriendo, como lo prueba d. l. 1. §. 6., de suerte que si aquel á quien se prohibió enajenar da en arriendo para largo tiempo, cae en la pena de la prohibicion, como Bart. y en jeneral los DD. siguiendo á Din. lo sientan en oposicion con la Glos. en la l. 88. §. 15. *D. de legat.* 2.; salvo si este arriendo se hace espresándose que no se transmitirá el dominio útil cuya cláusula surte efecto, segun la l. 80. §. últ. *D. de contrah. empt.*, Bald. y Juan de Imol. en la l. 71. §. últ. *D. de legat.* 1. y en d. §. 15. de la cit. l. 88, y el mismo Bald. en el cap. 1. §. *aut si libellario* al fin *quib. mod. feud. amitt*; y en este caso puede sostenerse la opinion de la Glos. en d. l. 88. §. 15.

Quédame sin embargo una duda, á saber, si por esta ley de Part. se reprueba la indicada opinion de la Glos. y de los DD., pues que cuando estas leyes fueron ordenadas se habia promovido ya cuestion acerca la inteligencia de d. l. 1. §. 6. *D. de superfic.* y de d. l. últ. *D. de ager. vectig.* esto es, sobre que debia entenderse por tiempo módico, acerca de lo cual las mismas glosas discrepaban: en efecto, d. §. 4. queria se dejase este punto al arbitrio del juez, y lo mismo la Glos. en la Clem. 1. al fin *de reb. Eccles. non alien.* y en el cap. 2. del mismo tít. lib. 6. sobre la palabra *non modicum*; al paso que la Glos. en d. l. últ. queria que diez años fuesen ya un tiempo no módico, y esta era la opinion comun entre los DD.: quizá los copiladores de las Partidas, despues de haberse hecho cargo de la variedad de opiniones en este punto, quisieron indicar que el tiem

quier destos casos non la podria enagenar, para poderle echar della al que la tenia logada, o arrendada; ante dezimos, que deue ser guardada la postura (115).

LEY 20. *Como la cosa que fuere arrendada, si aquel que la arrendo, la tuuiere tres dias, o mas, despues del plazo, es tenudo de fincar en el arrendamiento por otro año.*

Heredad de pan, o viña, o huerta, o otra cosa semejante (116), teniendo un ome de otro arrendada (117) para labrarla, e esquilmarla, fasta tiempo cierto; si despues que el tiempo fuere complido, fincare en ella por tres dias (118), o

po no seria módico si el arriendo se celebrase para el tiempo de la vida del arrendatario: pero como no tengo confianza en mis opiniones, dejo que el lector examine por si mismo.

(115) En este caso, pues, segun esta ley, el colono ó inquilino no podrá ser despedido, aun cuando se le ofreciese la reparacion de perjuicios; y nótese esto por lo que mira á lo dicho en la not. 112.

(116) No tendrá pues lugar esa disposicion en las cosas muebles ó semovientes, en el caso por ej. que hubiese alquilado un caballo para diez dias y lo tuviese veinte, como lo advierte la Glos. en la l. 13. §. 11. *D. locat.*; antes bien se comete hurto entónces usando de la cosa mas allá del tiempo convenido, segun d. Glos., y así opina Bald. esceptuando el caso en que crea que el dueño se lo permitiria, ó el caballo fuese de los de alquiler. Sin embargo, Bald. en el lug. cit. siguiendo á Jacob. Butric. quiere que en caso de duda se presuma que el dueño consiente en virtud del pacto que ha precedido; lo que merece notarse. ¿Pero tendrá lugar esta ley en los que prometen sus servicios por un año, como los alcaides de los castillos y los médicos, y los que se obligan á la custodia del predio? Bart. en d. l. y en la l. 9. *D. solut matrim.* está por la negativa, fundado en razones que allí pueden verse. Empero Din. al cual sigue Paul. de Castr. en d. lug., quiere que si el alcaide permanece en la custodia del castillo finido el año por el cual se habia comprometido parece que se obliga otra vez para igual tiempo; á no ser que finido el año ofreciera el castillo á su señor, segun d. l. 9. princ. D. *solut matrim.* En el mismo lugar Juan de Imol. y Alex adoptan la opinion de Bart., la que hallo mas probable por las razones que alega, pudiendo empero esceptuarse el caso en que á mas de la continuacion de los servicios, finido el tiempo, interviniese otro acto que hiciere presumir que se consentia el repetirlos por igual tiempo; lo que se infiere de lo mismo que dice Bart.; y respecto del médico al cual despues de transcurrido el término de su contrato; se siguió pagándole, lo sienta Socin. consil. 196. vol. 1. que empieza *circa præsentem consultationem.* ¿Qué diremos si se hubiese hecho alianza para cinco años entre dos reyes ó dos ciudades? Si despues del quinquenio permanecen en amistad y mutuamente se ayudan ¿se entenderá renovada la alianza? Bald. en el §. 1. vers. *item societatem*, de la paz de Constancia, al principio sostiene la afirmativa, y despues dice que no se entenderá renovada á no ser que así se hubiese convenido espresamente, fundándose en dicho testo y en la l. 7. *C. de locat.*

(117) Ya se pague en dinero el precio del arriendo, ya se satisfaga en frutos, ya sea que el colono cultive el predio por una parte de su rendimiento, segun Bald. en d. l. 13. §. 11. *D. locat.* col. 2.

(118) Nótese esto, pues que lo contrario opinaba Odofr. así como Bald. siguiéndole á él en d. l. 13. §. 11., quienes decian que era menester un tiempo competente, no bastando dos ó tres dias: Bart. en d. lug. sienta que esto debe dejarse al arbitrio del juez. Adviértase que á fin de que proceda la aplicacion de esta ley, es indispensable que el colono permanezca en el predio con conocimiento del locador y que este no lo contradiga, segun d. l. 14. *locat.* y Bald. en d. §. 11. de la l. 13. cit.—*El art. 5°. del decreto de Córtes de 8. de junio de 1813, restablecido con real decreto de 6 de setiembre de 1836, previene, de conformidad con esta ley, que si tres dias ó mas despues de concluido el término, permaneciese el arrendatario en la finca con aquiescencia del dueño, se entenderá arrendada por otro año con las mismas condiciones. El mismo art. dispone que los arrendamientos de prédios rústicos por tiempo determinado, fenecerán con este sin necesidad de mútuo deshaucio, y sin que el arrendatario de cualquiera clase pueda alegar posesion para continuar contra la duracion del contrato [cualquiera que haya sido la duracion del contrato]: con esto quedó derrogada la l. 3. tít. 10. lib. 10. de la Nov. Recop., en virtud de la cual el dueño y el colono debian avisarse al principio del último año estipulado, para su continuacion ó despedida; faltando lo cual ó haciéndose al fin del año se entendia seguir el año inmediato, como término para prevenirse cualquiera de las partes. Los arrendamientos sin tiempo determinado, durarán á voluntad de las partes, segun el art. 6°. del cit. decreto de Córtes, pudiendo cualquiera de ellos disolverlos, avisando á la otra un año antes. Además, el art. 7°. declara que el arendatario no podrá subarrendar ni tras.

mas, que la non desampare a aquel cuya es, en- tiendese (119), que la ha arrendada por aquel

pasar el todo ni parte de la finca sin aprobacion del dueño, y si solo podrá vender ó ceder alguna parte de los pastos ó frutos, á no ser que se hubiese estipulado otra cosa.

(119) Tanto si pertenece el predio á la república, como si es de propiedad particular, segun d. §. 11. y la cit. l. 13.; donde infiere Bart. que lo mismo tendrá lugar respecto de los tutores y de los prelados, cuya ciencia y paciencia dice bastará para autorizar la renovacion del contrato que ellos celebraron. Añádese que aun cuando se hubiese pactado que el colono pueda retener el predio por razon de las mejoras finido el tiempo del arriendo, procederá la aplicacion de esta ley, pues que ni ella, ni d. l. 13. §. 11. resultan derogadas con semejante pacto, como se deduce de lo que dice Juan Andr. en las adic. al *Specul.* tít. *de empt. et vend.* §. *sciendum*, adicion que empieza *de emptore*, y en los mismos términos la decide Socin. consil. 17. vol. 3. Procederá tambien esta ley aunque el arriendo se celebrara por diez años; pues que nada se opone á que semejante arriendo se renueve por un año mas en fuerza del consentimiento tácito, y en apoyo de esto viene d. l. 13. §. 11., pues que habla de arriendo celebrado por cinco años; á mas de que la razon de esta ley subsiste sea mayor ó menor el tiempo del arriendo: para mi esta opinion es averiguada, por mas que Alex. consil. 17. vol. 4. vers. 2. *principaliter*, diga lo contrario, movido por lo que dice Bald. en d. l. 13 §. 11. 2. lect. vers. *quœro hic quid in emphiteusi*, y en la l. únic. C. *quando non petent. part.*, donde espresa que si se recibe un predio en enfiteusis por diez años, no se entiende renovado despues de concluido el tiempo, pues que se trata de la traslacion del dominio útil, y no de un módico perjuicio, cual en d. l. 13. §. 11.: por lo dicho ya se ve que Bald. no habla de la tácita renovacion del arriendo por el cual no se transfiere dominio; y si de una nueva translacion de dominio útil. En vista de los términos generales de esta ley, la que no distingue entre arriendo con escritura, y sin ella; tal vez podremos decir que la renovacion tácita tendrá lugar, aunque el contrato se haya celebrado del primer modo, pues que milita la misma razon en semejante caso; si bien la opinion general con respecto al derecho comun está en contrario, es decir, en el supuesto que se hubiese espresado que el contrato no valdria sin la escritura: véanse los DD. esponiendo en estos términos la letra de d. §. 11. de la cit. l. 13. allí *nisi in scriptis*, movidos por aquellas palabras de la l. sig. *neque scripturam desiderant*, siguiendo la opinion del glosador Jacobo desechada por la Glos. en d. lug.: dicen ellos que de haberse exigido la escritura para el primer contrato, parece seguirse que sin ella no habrá renovacion tácita: si bien esta opinion es la general, me parece frágil la razon en que se fundan los DD.; pues que el haberse exigido la escritura para la sustancia y perfeccion del primer contrato, no impide la renovacion tácita, la que segun esta ley y d. l. 13. no requiere tal escritura, y si solo el consentimiento de las partes: pero sea lo que fuere de lo establecido por el derecho comun, parece indudable que en virtud de esta ley de Part. tendrá lugar en este caso dicha renovacion, por lo mismo que los copiladores no distinguieron en este punto, sin embargo de tener á la vista la discrepancia de los glosadores; á mas de que la ley del Digesto no obsta claramente, y que milita igual razon en el caso de que se trata: hace tambien al caso lo que dicen Bart. y en general los DD. en d. §. 11., á saber, que la renovacion tácita podrá tener lugar aunque el primer contrato se hubiese celebrado mediante estipulacion; en cuyo caso tampoco tenemos un acto semejante al primero; pero dejo que el lector discurra acerca la fuerza de este argumento.

Es de advertir 1º. que no será aplicable la disposicion de esta ley cuando el contrato es una venta de frutos en vez de verdadero arriendo: pues que si bien estos dos contratos se equiparan por la l. 8. §. 1. *D. de bon. auct. judic. possid.*, como esta ley no hace mencion de dicha venta, no deberá estenderse á ella, y así lo decide la Glos. en una cuestion parecida en d. §. 11.: así lo decide tambien Bald. lug. cit. 2. lect. vers. *sed quid si contractus*, al cual sigue Alex. consil. 76. vol. 5. col. 1. Empero, obsta lo anotado por Alex. en la l. 25. D. *solut. matrim.* col. 5. al princ., donde dice, que el comprador de los frutos no tiene derecho en ellos antes de haberse cogido, l. 6. §. 5. D. *locat.* y l. 61. §. 8. *D. de furt.*, y allí la Glos.; lo que tiene tambien lugar en el colono de suerte que en los cit. lug. ora se le llama tal, ora comprador de los frutos, l. 15. *D. de publican. et vectig.*, Bart. en la l. 11. §. 5. tít. cit., la Clement. 1. al fin *de reb. Eccles. non alien.* y Bald. en la l. 3. *C. de locat.* Esto no obstante me conformo con la opinion de Bald., atendido que hay mucha diferencia entre el colono y el comprador de los frutos, pues que al primero pertenecen el cultivo y el cuidado del predio, pero no al segundo; empero, si viniese el caso en que: al comprador de los frutos de un predio se le hubiese encargado el cultivo y el cuidado del mismo pagando una pension anual, entónces le equipararémos al colono, puesto que los efectos han de ser los mismos: véase lo que sobre lo dicho nota Bart. en d. l. 11. §. 5. *D. de publican.* col. 1. 2. 3 y 4. donde puede verse cuando al comprador de frutos le pertenece el cultivo y el

año (120) que viene: e es tenudo de dar por ella, anto quanto solia dar en vn año de los passados. Mas si fuesse casa, o torre, o otro edificio non seria assi (121): ca estonce es tenudo el que la

cuidado del predio. 2°. Es de advertir que si el primer contrato se hizo con instrumento guarentigio, la renovacion tácita no podrá traer aparejada ejecucion, pues que para ello se necesita escritura pública, l. 1. *D. de his quæ in testam. delent* y Bald. en la l. 16. princ. *C. de locat.* 3°. Conviene notar que en la renovacion tácita no viene comprendida la repeticion de la pena que se puso en el primer contrato, segun Din. en la l. 77. *D. de legat.* 2. á quien sigue Bald. en d. l. 13. §. 11. 2. lect., dando por razon que el pacto penal no destruye el primer contrato, de lo que se sigue que la pena no se pide por la accion del mismo; y alega la l. 28. *D. de act. empt.* 4°. No será aplicable esta ley cuando á mas de la tolerancia ó tácito consentimiento de parte del dueño fuese indispensable otro hecho del mismo, como si tuviese que dar ó hacer alguna determinada cosa al colono, segun Bart. en d. §. 11.; pues entónces por el mero consentimiento no se entiende renovado el arriendo: de aquí él mismo arguye que lo propio tendrá lugar en los magistrados, castellanos, tutores y otros cargos que se imponen por el interés público respecto de los cuales, dice, no bastará el tácito consentimiento, sino que serán menester otras solemnidades que no se hallan en el consentimiento tácito: como lo dice Paul. de Castr., los nombres de tales funcionarios que se eligen por la república se estraen de una bolsa ó saco. 5°. Para que esta ley tenga lugar es preciso que no pueda suponerse en el colono que permanece en el predio otra intencion que la de renovar el contrato so pena de presumirlo delincuente: entónces es cuando se infiere la renovacion tácita en vez de creer que ha pretendido lucrar los frutos contra derecho sin pagar la pension, lo que en caso de duda no se presume, l. 51. *D. pro socio*, y los DD. y en particular Paul. de Castr. en d. §. 11.: empero, cuando sin necesidad de suponerlo delincuente pueda presumirse que permaneció en el predio arrendado sin ánimo de renovar el contrato, así se hará, en el caso por ej. que el inquilino tuviese la propiedad *por indivisso* de una parte de la casa alquilada, pues que en virtud del condominio tiene derecho para usar de toda la casa sin pagar pension alguna á su consocio, véase una glosa notable en la l. 28. *D. commun. divid.*, Bald. en el cap. 1. §. *præterea ducatus, de prohibit. feud. alien. per Freder.*, Bald., Ang. é Imol. en la l. 78. *D. de adquir. hæred.* y Paul. de Castr. y Jas. col. pen. en la l. 1. *C. qui testam. fac. poss.*: lo que debe entenderse en el supuesto que la casa fuese tan capaz que la parte de ese condueño le bastaba, sin que necesitara de alquilar otra casa; de lo contrario deberá pagar la pension á su consocio, es decir, que se entenderá renovado el arriendo; y prueba lo mismo una decision notable de Alber. en la l. 51. *D. pro socio*, decision que no recuerdo haber visto en otra parte; alega la l. 26. §. 12. *D. de condict. indeb.* y no hay duda que esta decision tiene á favor suyo la equidad, al paso que viene en apoyo de la misma la Glos. últ. á la l. 7. §. últ. *D. de adquirir. rer. domin.*, cuyo testo dice que si el árbol que se halla cerca del predio vecino estendiera por él sus raices, será comun á los dos predios; disposicion que limita dicha Glos. al caso en que el árbol no pudiese vegetar sin los dos predios; de otra suerte, añade, pertenecerá al dueño del predio donde nació: hace tambien al caso el que no se dice que uno tenga casa cuando la parte que le corresponde no le basta, segun lo anotado y en particular por Paulo de Castr. en la l. 37. princ. *D. de legat.* 1.: téngase presente esta limitacion. Además adviértase que lo dicho acerca del que es condueño de la casa que alquiló debe entenderse del supuesto que la adquisicion fuese posterior al contrato; pues que si entónces era ya condueño y sin embargo alquiló la parte de su consocio para tener mas lugar se entenderá renovado el contrato si continúa en la casa finido el tiempo, arg. l. 14. §. 1. *D. de alim. et cibar. legat.*, y atendido que se presume continuar la misma intencion, si no se manifiesta lo contrario, l. 4. princ. *D. de manumiss. vindict.*, la Glos. en el cap. *de neptis* 31. q. 2., l. 32. §. 1. y 2. *D. de donat. int. vir. et uxor.*, l. 3. y 22. *D. de probat.*, cap. *majores* 3. *de baptismo* y Juan Andr. en las adic. al *Specul.* tít. *de locat.* §. últ. vers. 98. sobre la palabra *possit.*

(120) ¿Pero si la heredad diere frutos dos veces al año ó en cada mes? Véase Bart. el cual espone esto perfectamente en d. l. 13. §. 11. vers. *quæro, quæ est ratio*, y Bald. en la l. 16. al fin *C. de locat.*—*Véase la adicion á la nota 118, y añádase que la disposicion del decreto de Córtes que en ella se cita, es demasiado terminante para que ahora podamos admitir la distincion que aquí se indica, tanto mas, cuanto no existe ley anterior ni posterior en que fundarla.

(121) Sin embargo, algunas veces tendrá lugar lo mismo en el predio urbano, como lo declaran Bart. en d. l. 13. §. 11. y Bald. en d. l. 16., á los cuales véase; y sus decisiones se fundan en la razon de diferencia entre el predio rústico y el urbano, que en esta ley se alega. Empero la l. pen. tít. 17. lib. 3. del Fuero quiere que tenga lugar lo mismo en el predio urbano.—* Este punto ha sido objeto de la ley de 9 de abril de 1842: pero antes es preciso atender á las dispo-

(p) casa tiene logada, de dar por aquel tiempo que la tuuiere demas, quanto (q) y durare, o biuiere; contandolo segund el tiempo passado. E la razon, por que ha este departimiento entre el arrendamiento de las heredades, e de las casas, es esta: porque aquel tiempo que tuuiesse demas la heredad, de lo que deuia, podria ser en tal sazon, que despues non fallaria el señor, a quien la arrendasse, e perderia porende la renta, e el fruto desse año; mas en las casas non es assi, que en todas las sazones del año se puede ome seruir dellas, o las puede ome logar.

LEY 21. *De los que arrendaren heredades, o otras cosas; que si las embargaren aquellos que las arrendaren, que les deuen pechar los daños, si non los amparаren podiendolo fazer.*

Tienen arrendadas los omes vnos de otros heredades, o viñas, o huertas, o otras cosas semejantes; e toman otrosi a loguero casas, o tierras, o otros edificios: e acaesce a las vegadas, que reciben embargos, de guisa que non pueden vsar, nin aprouecharse dellas. E porende dezimos, que si los señores destas cosas sobredichas, o otros a quien lo ellos pudiessen vedar (122), embargassen en alguna manera, a los que las touieren arrendadas, o alogadas, que non pudiessen vsar, nin aprouecharse dellas, que les deuen pechar todos los daños, e los menoscabos, que vinieren por tal razon como esta. E aun deuenles pechar demas desto, las ganancias (123) que pudieran

(p) cosa Acad.
(q) hi veviere Acad.

siciones de la l. 8. tít. 10. lib. 10. Nov. Recop., á la cual deroga en parte. En esta, bajo el epígrafe de *Arrendamientos de las casas de Madrid* etc., se establece, 1°. que los dueños pueden arrendar sus casas á las personas que quisieren, sin que ninguna pueda alegar preferencia; salvo los alcaldes de casa y corte en los cuarteles respectivos: 2°. que muerto el inquilino pueda en la misma habitacion continuar la viuda; y si no la tuviese ó esta no quisiese, uno de sus hijos, esto es aquel que convinieren, y no pudiendo convenirse, el de mayor edad: 3°. que de diez en diez años pueda solicitarse la tasa, tanto por parte del dueño, como el inquilino: 4°. que no pueda subarrendarse ninguna casa sin espreso consentimiento del dueño: 5°. que si conforme á la costumbre de Madrid el inquilino hubiese anticipado medio año, y antes desocupase la casa, se le devuelva la parte correspondiente á prorata del tiempo: 6°. y último que no puedan los dueños tener cerradas sus casas, dándose facultad á los jueces para precisarles á alquilarlas mediante tasacion por peritos. El uso habia hecho estensivas á varias ciudades del Reino las disposiciones que se habian dictado concretándolas á las casas de Madrid; y de aquí resultó la desigualdad en un contrato, creada por la ley misma, y hasta un ataque directo á la propiedad. El citado decreto de 9 de abril hizo desaparecer para lo sucesivo este agravio á la propiedad. Declara el art. 1°. que los dueños de casas y otros edificios urbanos, así en la corte como en los demás pueblos de la península é islas adyacentes, en uso del legítimo derecho de propiedad, podrán arrendarlos libremente desde la publicacion de la ley, arreglando y estableciendo con los arrendatarios los pactos y condiciones que les parecieren convenientes, debiendo ser cumplidos á la letra. El art°. 2°. dispone que si en estos contratos se hubiese fijado el tiempo de su duracion, fenecerá el arrendamiento cumplido el plazo, sin necesidad de deshaucio por una ni otra parte; añadiendo que si no se hubiese fijado tiempo ni pactado deshaucio, ó cumplido el tiempo fijado continuase de hecho el arrendamiento por consentimiento tácito de las partes, el dueño no podrá desalojar al arrendatario, ni este dejar el predio sin dar aviso á la otra parte con la anticipacion adoptada por la costumbre general del pueblo, y en otro caso con la de 40 dias. Por lo que mira á los arrendamientos pendientes al tiempo de la publicacion de la ley, el art. 3°. deja subsistentes la l. de Recop. cit., las reales resoluciones y la práctica y costumbres vigentes al tiempo de la celebracion de aquellos, esto es por lo que mira á la duracion de los mismos. Por fin, el art. 4°. de la ley de 9 de abril deroga para lo sucesivo así la ley recopilada, como las reales resoluciones, la práctica y la costumbre, en cuanto fueren á ella opuestas. Una disposicion de la ley recopilada queda indudablemente en pié, y es la que prohibe subarrendar sin espreso consentimiento del dueño: las demás desaparecen, inclusa la del art. 2°.

(22) Por ej. si fuesen criados, esclavos ó súbditos del locador, l. 20 *D. de oblig. et act.*, l. 167. §. 1. *D. de regul. jur.* y allí la Glos., Juan Andr. en el cap. *proposuit.*, *de concess. præbend* y allí Abb. col. pen.; si pudo impedir que se causara estorbo al colono, y no lo hizo, será responsable de todos los perjuicios, segun esta ley, la l. 33. y sigs. *D. locat.* y Bart. en la l. 15. §. 6. D. tít. cit. vers. 3. *casu principali.*

(123) Estas ganancias pueden considerarse de dos maneras: primero, habida razon de los fru-

auer fecho; en aquellas cosas que tenian arrendadas, o alogadas, si non gelas ouiessen ellos embargado. Mas si otros estraños, que non fuessen los señores dellas, nin atales omes a quien lo ellos pudiessen vedar, les fiziessen atal embargo; si aquellos que las embargan, han alguna razon derecha (124) por si, por que lo fazen, assi como por ser señores dellas, o por tenerlas empeñadas, o por otro derecho que ouieren sobre ellas, por que lo pudiessen fazer; dezimos, que si aquellos que las dieron a arrendamiento, o a loguero, eran sabidores desto, que deuen pechar a los otros todos los daños, e los menoscabos, con las ganancias que pudieran y fazer, segund diximos quando lo ellos embargassen. Mas si quando lo ellos arrendaron, o logaron, non fuessen sabidores (125) que los otros ouiessen derecho en ellas; estonce non serian tenudos de lo pechar, mas de tanto, quanto ouiessen rescebido (126) dellos por razon del arrendamiento, o del loguero: e si non ouiessen recebido nada, non han demanda ninguna contra ellos. Pero si aquellos que tenian las cosas arrendadas, o alogadas, ouiessen fecho missiones (127), en labrar, o endereçarlas que fuessen tales, por que valiessen mas; estonce, aquellos que gelas embargaron, son tenudos de gelas dar, y pechar a bien vista del Judgador. E esto que diximos en esta ley, se entiende, si los arrendadores auian buena fe quando las arrendaron, cuydando que aquellos de quien las recibieron, auian derecho de las arrendar, o de las logar; ca si ellos auian mala fe, sabiendo que eran de otro, estonce non aurian demanda (128) ninguna en esta razon, contra aquellos de quien las tenian.

LEY 22. *De los frutos que se pierden, o se destruyen, por alguna ocasion; que non es tenudo aquel que los arrienda, de dar la renta que prometio por ellos.*

Destruyendose, o perdiendose los frutos de al-

tos y rentas, en el supuesto que el valor de estas y aquellos superaran al precio del arriendo; y estas ganancias pueden tambien ser demandadas por el que no ejerce el comercio, segun d. l. 33. y la l. 24. §. 4. *D. locat.*: esto es lo que viene bajo el nombre de perjuicio intrínseco, y por lo mismo puede indistintamente pedirse por el conductor, l. 21. §. 3. *D. de act. empt.* y Bart. en la l. 25. §. 4. *D. locat.* En segundo lugar pueden bajo el título de ganancias comprenderse las que hubiese hecho el colono, negociando con los productos; pero estas no entrarán en cuenta, pues que se dicen estrínsecas, d. l. 21. §. 3.: de semejante perjuicio ó lucro no quiso hablar esta ley, segun se ve por estas palabras *en aquellas cosas que tenia alogadas* etc.; lo que debe entenderse respecto del que no acostumbraba negociar; por lo que mira al comerciante, la opinion de Bart. y de los D. D. en la l. únic. *C. de sent. quæ pro eo quod interest.* y en la l. 3. §. últ. *D. de eo quod cert. loc.*, es que podrá demandar dicho lucro ó perjuicio estrínseco; y respecto del caso que nos ocupa, lo afirma Socin. cons. 156. vol. 2. que empieza *pro fundamento*, col. 4. vers. 2.

(124) Lo mismo tendrémos si el hecho del tercero es injusto y no pudo el locador impedírlo, l. 15. §. 2. *D. locat.* donde dice *incursus hostium*, y Bart. en d. l. §. 6. col. 2., donde opina lo mismo, esceptuando el caso en que el hecho injusto proviniere de culpa del locador, por ej. de enemistad de este con el injuriante, l. 25. §. 4. D. tít. cit.

(125) Aprueba la opinion de la Glos. en la l. 9. princ. *D. locat.*, en oposicion á la cual opinaba Paulo de Castr. en d. lug.—*Véase la nota siguiente.

(126) A prorata del tiempo en que no pudo gozar de la cosa el colono; así que, por lo que mira á este tiempo, quedará el colono exonerado del pago del precio, l. 33. y l. 35. princ. *D. locat.* —* Los copiladores de las Partidas faltaron en este punto á los principios que habian admitido. Habian declarado responsable de los daños é intereses, al vendedor de cosa agena ó sujeta á hipoteca, aunque tuviese buena fe, siempre que al comprador le fuese vindicada, l l. 32 y 36. tít. 5 de esta Part. Correspondia, pues, sujetar á igual responsabilidad al que daba en arriendo la heredad ó casa que no le pertenecia, ó que se hallaba afecta á hipoteca, por mas que lo hiciera con buena fe: no bastaba obligarle á la devolucion del precio del arriendo á prorata del tiempo en que pudo disfrutar de la cosa el arrendatario. Las leyes romanas siguieron unos mismos principios para entrambos contratos: en la l. 9. *D. locat.* leemos; *si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpaque ejus, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei qui conduxit; ut ei præstetur frui quod conduxit licere.* Y si alguna vez limitan la obligacion del locador, á la devolucion del todo ó de parte del precio, es porque la causa que ha impedido al arrendatario el usar de la cosa habia nacido despues del contrato y sin que en ella tuviera parte el locador, l. 33. tít. cit.

(127) Sobre este punto véase la l. 40. tít. 28. Part. 3. y lo que allí dije.

(128) Añád. l. 27. *C. de evict.* y l. 19. tít. 5. de esta Part. y lo que allí dije.

guna heredad, o viña, o otra cosa semejante (129), que touiesse arrendada (130) vn ome de otro, por alguna ocasion que acaesciesse, que non fuesse muy acostumbrada (131) de auenir; assi como (132) por auenidas de rios, o por muchas lluuias, o por granizo, o por fuego que los quemasse, o por hueste (133) de los enemigos, o por assonadas de otros omes que los destruyssen, o por sol, o por viento muy caliente, o por aues, o por langostas (134), o otros gusanos que los comiessen, o por alguna otra ocasion semejante destas, que tolliesse todos los frutos (135); dezimos, que non es tenudo el que lo touiesse arrendado, de ninguna cosa del precio del arrendamiento, que ouiesse prometido a dar. Ca guisada cosa es, que como el pierde la simiente, e su trabajo, que pierda el señor la renta que deue auer. Pero si acaesciesse, que los frutos non se perdiessen todos, e cogiere el labrador alguna partida dellos (136), estonce en su escogencia (137) sea, de dar

(129) Por lo que mira á los predios urbanos, dígase con Bald. en las adic. al *Specul.* tít. *de locat.* col. 1. que tendrá lugar la exoneracion del pago del precio cuando el arrendatario no puede utilizarse de la casa á causa de guerra, ó de otra calamidad que afecta á la ciudad. —* Tambien tendrá lugar dicha exonerancia cuando el contrato tiene por obras ó servicios productivos, si por un accidente imprevisto no pueden ya servirme los operarios que habia contratado.

(130) ¿Si el arriendo se celebró para largo tiempo, la esterilidad dará lugar á la exoneracion del precio? Así lo afirma Bald. en l. 1. *C. de jur. emphit.* col. 3. fundado en que la pension se mide por los frutos, y lo mismo quiere en la 2. lect. de d. l. col. pen., donde indica otra razon de diferencia entre semejante arrendatario y el enfiteuta; añád. Alex. consil. 28. vol. 4. Añádese tambien que esta ley procede, tanto si la pension se paga en frutos, como si se estipuló en dinero, sin embargo de que en el primer caso es mas bien contrato inominado que locacion propiamente tal, segun la Glos. en la l. 18. *C. de locat.*

(131) Segun estas palabras, si faltan los frutos por un accidente de los que sobrevienen á menudo, no habrá lugar á exonerar del pago del precio al colono: solo, pues, podrá pretenderlo cuando el caso fortuito sea estraordinario, y lo mismo prueba la l. 15. §. 2. vers. *sed et si uredo*, allí *fervore solis non assueto*, y en el vers. *si verò nihil extra consuetudinem, D. locat.*; lo que Alber. en la l. 8. *C. de locat.* al fin, dice, ser digno de notarse, arguyendo de ello que en la Lombardia no habrá lugar á la exoneracion dicha, por razon de las tempestades, atendido que son allí muy comunes.

(132) Enumera aquí los casos fortuitos á imitacion de d. l. 15. §. 2.: añád. la l. 3. tít. 2. de esta Part. y lo que allí dije.

(133) Esto es, si la guerra ó invasion sobreviniese despues de celebrado el contrato; pues que si entónces la habia ya, el colono debe imputarse á sí mismo el haber contratado, cuando estaba á la vista el peligro, sin pactar acerca del mismo; de ahí es que no podrá escusar el pago de la pension, segun Bald. en el §. 1. vers. *vassalli* de la Paz de Constancia, arg. l. 13. §. 6. *D. de damno infect.* y l. 27. §. últ. *D. locat.*, y esta fué tambien la opinion de Cin. al cual cita el mismo Bald. en d. l. 15. §. 2. *D. locat.*, diciendo que esta decision de Cin. se alegaba con fuerza contra los compradores de frutos de cierto lago; al paso que estos decian ser de deterior condicion los actores, porque ellos sabian que en virtud de la naturaleza del contrato debian ser responsables caso que no pudiese percibirse fruto de la cosa, y además que el locador responde tambien del impedimento de hecho, segun d. l. 15. §. 2, si bien lo contrario tiene lugar respecto del vendedor, l. últ. *C. de act. empt.* Con todo me inclino mas á la primera opinion, la que sin duda se aprueba por esta ley de Part. refiriéndose al caso fortuito que sobreviene despues del contrato, cuando dice *touiesse arrendada* etc. Por lo que mira al caso en que existiera antes del contrato, ignorándolo el conductor, vease Bald. en la l. 2. *C. de contrah. empt.* Nótese tambien que en esta materia el temor de guerra se equipara á la guerra misma, segun Pedro de Anchar. consil. 88., el cual es muy notable.

(134) Añád. l. 18. *C. de locat.*

(135) Hase tomado esto de la l. 15. §. 1. vers. *sed et si labes, D. locat.* Si el clérigo no pudo percibir frutos á causa de invasion de enemigos ¿pagará el diezmo que algunas veces impone el Papa? Dice que no Bald. en la l. 19. *C. de usur.* alegando la l. 4. §. 1. *D. de censib.* bastante acomodada al caso.

(136) Es decir que sea menos de la mitad de los que se solian recoger: pues que si se recogiese la mitad ó mas, mas bien que esterilidad habrá escasez, lo que no produce la exoneracion de pago del precio, l. 15. §. 5. *D. locat.* Que así debe entenderse lo manifiestan aquellas palabras *alguna partida*, las que son aplicables á una parte menor que la mitad, como dice una glosa singular en la Clement. 1., sobre las palabras *aut earum parte, de for. compet.*, cuya glosa debe tenerse presente segun Abb. en el cap. *super eo*, 2. notab. *de eo qui cognov. consang. ux. suæ.*, y dicen ser ella bastante singular Alex. en las adic. á Bart. en la l. 17. *D. de hæred. instit.* en la adic. magistral al fin y Jas. en la l. 38. §. 1. *D. de verb.*

todo el arrendamiento al señor de la heredad, si se atreuiere a darlo; e si non de sacar para si las despensas, e las missiones que fizo en labrar la heredad, e lo que sobrare, delo al señor de aquella cosa que tenia arrendada. Mas si se perdiesse el fruto por su culpa (138), assi como por labrar mal (139) la heredad; o por yeruas, o por espinas que nasciessen en ella, tantas que lo tolliessen; o se consumiessen los frutos por si mismos (140), o por mala guarda del arrendador; estonce seria el peligro del que touiesse la cosa arrendada: e seria tenudo de dar el arrendamiento, en la manera que le ouiesse prometido de dar.

LEY 23. *Por quales razones los arrendadores son tenudos de dar las rentas, maguer el fruto de la cosa arrendada se pierda por ocasion.*

Perdiendose los frutos de la cosa que es arrendada, por alguna ocasion que viniesse por auentura, non seria tenudo de dar al señor la renta, el que la prometiera, assi como de suso diximos. Pero casos y a, en que non seria assi. El primero es, si quando se fizo el pleyto de arrendamiento, se obligo el que rescibio la cosa, que por qualquier occasion (141) que se perdiesse el fruto, a el pertenesciesse el daño. El segundo es, si rescibiesse la cosa, a labrar por dos años (142),

oblig. col. 4. ¿Qué dirémos si la heredad produjese trigo y aceite, y se perdió la cosecha del primero, al paso que fué tan abundante la del aceite que indemnizó de dicha perdida? Véase Bald. en la l. 8. *C. de locat.* vers 9. *quæro.*, donde dice que entónces el velo de la abundancia cubre la pobreza.

(137) Nótese bien esta disposicion, la que orilla la diversidad de opiniones acerca de cuando debia decirse haber esterilidad segun derecho comun: tres eran las opiniones principales mas en boga. Unos decian que debia suponerse haber esterilidad cuando así lo decidiese la opinion vulgar vistos los rendimientos del predio, como lo nota la Glos. en d. l. 8. *C. de locat.*, donde Salic. añade ser esta la opinion comun. Otros opinaban que habia esterilidad siempre que los frutos no llegaban á la mitad de lo que solia producir el predio, y esta fué la opinion de la Glos. en la l. 15. §. 4. *D. locat.* de Bald. en d. l. 8. y de Juan de Imol. en d. lug. donde declara como se infiere esto de la Glos. en el cap. *propter sterilitatem* 3. col. 2. del mismo tít. Otros, en fin, decian que existia la esterilidad, si atendido el precio del arriendo y deducidos los gastos de cultivo y demás, el conductor se hallaba perjudicado en mas de la mitad del justo precio, es decir, si el producto líquido no llegase á la mitad del precio de cada uno de los arriendos, segun Bart. y Bald. siguiendo á Jacobo de Aret. en d. l. 8., el mismo Bart. en la l. 15. §. 7. *D. locat.*, Ant. y Juan de Imol. en d. cap. *propter sterilitatem* y Paul. de Castr. en d. l. 15. §. 1. Bart. tambien varió en este punto; en efecto en la l. 25. §. 6. *D. locat.* dice que habrá esterilidad cuando deducidos los gastos de los frutos ningun remanente queda al colono; cuya opinion segun Abb. en d. cap. *propter* se halla en oposicion con el mismo: véase al cit. Abb. y á Juan de Imol. en d. lug., así como á Juan Andr., el cual indica otra opinion.

Nuestra ley decide que hay esterilidad aunque no hayan desaparecido todos los frutos; y que entónces sea libre el colono de retener los frutos para sí y pagar la pension; ó deducir los gastos, entregando al locador el remanente de los frutos, si existe: con esto parece aprobarse la opinion segunda de las indicadas, si bien con la circunstancia de la eleccion dicha; pues que Bald. en d. l. 8. al indicar esta opinion añade las siguientes palabras: *colonus ergo non respondebit illo anno, tamquam nummis colens, sed tamquam parciarius non deductis expensis, ut extra de decimis*, cap. *tua nos:* es pues algo distinto lo que aquí se dispone; por lo mismo conviene tenerla presente.

(138) Añádese que será por culpa suya sino pagó el diezmo, segun el cap. *revertimini* 65., 16., cuest. 1., y así lo sienta Juan Andr. siguiendo al Hostiens. en el cap. *propter, de locat.* sobre la parte *sine culpa*, y Dominic. en el cap. 1. al fin *de decim.* lib. 6.: añád. l. 15. Añádanse á esta ley las ll. 15. §. 2. y 25. §. 4. *D. locat.* y d. cap. *propter sterilitatem:* concuerda con esto el derecho que se da al sucesor á un mayorazgo para reclamar de los herederos de su antecesor el daño causado en los bienes mayorazgados por el enemigo de dicho su antecesor, lo que parece apoyarse en la l. 17. *D. de legat. præst.* segun Bart. en d. lug.

(139) Añád. l. 15. §. 3. allí *si prædium coluisti*, y l. 25. §. 3. *D. locat.*

(140) Esceptúase el caso en que esto proviniese de vicio de la heredad; pues entónces aunque se hubiesen percibido, se exonerará del pago al colono, segun el Hostiens. y Juan de Imol. en d. cap. *propter. sterilitatem*, donde puede verse d. Imol. col. 11.

(141) Manifiesta esta ley que bastará la general renuncia de los casos fortuitos, aunque no se individuen algunos; y esta fué la opinion de Salic. en la l. 1. *C. commod.*; véase lo que relativamente al derecho comun dije en la l. 3. tít. 2. de esta Part., y á esta ley añád. la l. 8. *C. de locat.*

(142) Es decir, si los dos años vienen comprendidos en un solo contrato, pero no si cada

o mas: ca si vn año de aquellos se perdiessen los frutos, por alguna destas ocasiones que diximos en la ley ante desta; y el año ante desse, o despues (143), ouiesse cogido tantos frutos, que, seyendo bien asmado, abondaria (144) para pagar el arrendamiento, e las despensas del (r) labrador, por ambos los años; estonce, tenudo seria de pagar el arrendamiento: e maguer el señor de la heredad le ouiesse quitado la renta (145) de aquel año en que se perdiessen los frutos, si en aquel año que viniesse despues desse cogiesse atantos frutos, que abondasse a ambos los años, segund es sobredicho, puedegelo demandar. Otrosi dezimos, que si por auentura acaesciere, que la heredad, o la cosa arrendada rendiere tan abondadamente vn año, que pueda montar mas del doblo, de lo que solia rendir vn año con otro comunalmente; que estonce deue otrosi, el que la tiene arrendada, doblar el arrendamiento; si esta abundancia vino por auentura (146), e non por acuçia del que la labrasse, de mas labores que solia, o por otras mejorias que fiziesse en la cosa. Ca guisada cosa es, que como al señor pertenesce la perdida de la ocasion que viene por auentura, que se le siga bien otrosi, por la mejoria que acaesce en la cosa por essa misma razon.

(r) labrar, Acad.

LEY 24. *De los mejoramientos que los arrendadores fazen en las cosas que tienen arrendadas, como el señor los deue refazer al arrendador.*

Mejoran a las vegadas los arrendadores los heredamientos, e las otras cosas que tienen arrendadas, faziendo y lauores, o cosas de nueuo, e plantando (147) y arboles, o viña, porque la cosa vala mas de renta, a la sazon que la dexan, que quando la tomaron: e porende es derecho, que assi como quando fazen daño en la cosa arrenda-

año hubiese sido objeto de contrato distinto: entónces no se compensará la abundancia del uno con la escasez del otro, como lo indica esta ley, y lo sientan Bald. y Salic. en d. l. 8.; á no ser que el arriendo del segundo ú tercer año se celebrase á manera de prorogacion; v. Bald. lug. cit. vers. 10. *quæro.*

(143) Ya sea el año inmediato, ya sea otro, como se indica aquí y lo sientan la Glos. y Salic. en d. l. 8. y el Hostiens., Imol. y Abb. en d. cap. *propter sterilitatem.*

(144) Declara muy bien lo que se entiende por abundancia, sobre lo cual hubo varias opiniones, las que se hallan indicadas por la Glos. en la l. 15. §. 4. D. *locat.* y en d. l. 8. C. *de locat.*, y por Paul. de Castr. en d. l. 15. §. 1.: y téngase presente esta ley, porque se aparta algun tanto de lo que dicen la Glos. y los DD. en dd. lugs., y parece conformarse con la opinion de Nicolas de Mata, transcrita por Bald. en d. l. 8. vers. 9. *quæro.*

(145) Aunque hubiese usado de la palabra *donacion,* segun la l. 15. §. 4. D. *locat.*, porque las palabras se toman segun sea la materia de que se trata.

(146) Es á saber, por caso fortuito, por ejemplo: si habiéndose dado en arriendo un molino que solia producir cincuenta, viene despues á producir doble, por haber sido arruinados ó destruidos los molinos cercanos, segun Bart., en la l. 25. §. 6. D. *locat.* y Abb. en d. cap. *propter sterilitatem* al fin: lo contrario tendrá lugar si el aumento de frutos proviene de bondad de la misma cosa ó de la industria del colono. Véase á Paulo de Castr. en la l. 11. §. 5. D. *de public. et vectig.*, donde se vale de este ejemplo del molino, entendiendo lo dicho en el supuesto que el aumento de productos fué resultado de un hecho posterior al contrato y que verosímilmente no lo tuvieron á la vista los contrayentes; pone además otro ejemplo.

(147) Comprende pues esta ley las impensas útiles de la misma manera que las necesarias: prueba lo mismo la l. 55. §. 1. y la l. pen. D. *locat.*; empero dice Paul. de Castr. en d. §. 1. que si bien las impensas necesarias podrán pedirse en todo caso, las útiles solo podrán reclamarse si se hicieron con consentimiento tácito ó espreso del locador, á no ser que no causen á este perjuicio, fundándose en algunos testos que allí cita; añád. la l. 41. tít. 8. Part. 3. — * Que se abonen al arrendatario las impensas necesarias ó útiles que hizo de acuerdo con el dueño, y que se le abonen tambien las puramente necesarias que hizo sin conocimiento del dueño, si no admitian la menor dilacion; hasta aquí nada habrá que no esté conforme con los principios. En el primer caso el abono estriba en una especie de pacto tácito: en el segundo puede decirse que el arrendatario obró como *negotiorum gestor* del dueño, haciendo lo que este no podia dejar de hacer sin que debiese salir responsable de los perjuicios que necesariamente hubiera sufrido el primero. Empero atribuir al arrendatario accion para reclamar indistintamente toda suerte de mejoras, viene á ser atentatorio de la propiedad misma, ya que de esta suerte las combinaciones del arrendatario pueden destruir los cálculos del dueño para despues del arriendo, al paso que con este no pensó transferir otro derecho que el de

da, que son tenudos de lo mejorar; bién assi les deue ser conoscido, e gualardonado, el mejoramiento que y fizieren. E porende dezimos, que el señor tenudo es, de dar las missiones (148) que fizo en aquellas cosas que mejoro, o de gelas descontar del arrendamiento. Fueras ende, si en el pleyto del arrendamiento fuesse puesto, que fiziesse de lo suyo tales lauores, e mejorias, como estas que de suso diximos: ca entonce (149) seria tenudo de guardar el pleyto, segund que fue puesto.

LEY 25. *Del almazen que vn ome loga a otro, para tener olio, o otra cosa semejante; que no es tenudo de pechar el daño que acaesce en el.*

Logando vn ome a otro algund almazen, en que metiessen olio, o otra cosa semejante; si quando gelo logo, non le prometio (150) de guardarle aquello que y metiesse, si alguna cosa se perdiesse a aquel que lo rescibio a loguero, non seria tenudo el señor de pecharle porende ninguna cosa. Fueras ende, si le pudiesse prouar, que por su culpa (151), o por engaño que le ouiesse fecho, se perdiessen aquellas cosas. Pero si el señor del almazen ouiesse y puesto (152) algund ome suyo, o estraño, por guarda de aque-

servirse de la cosa. El derecho romano limita la accion del arrendatario, en el supuesto de que tratamos, á la detraccion de las mejoras sin perjudicar la cosa: *si inquilinus ostium*, dice Ulpiano, *vel quædam alia ædificio adjecerit, quæ actio locum habeat? Et est veriùs quod Labeo scripsit, competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat*, l. 19. §. 4. D. *locat.* Verdad es que la l. 55. §. 1. del mismo tít. dice que el arrendatario tendrá accion para que se le dé lo que gastó, sin espresar si puede pedir el importe de las mejoras, ó si su derecho se limita á la detraccion de las mismas. Esta ley mal comprendida, pudo haber dado lugar á la disposicion de la de Part.

(148) Empero, ¿podrá detraer las mejoras que hizo en la casa? No hay duda, si puede esto verificarse sin deteriorarla, segun la l. 19. §. 5. D. *locat.* Y nótese que tiene tambien lugar la disposicion de esta ley en el arriendo celebrado para largo tiempo, segun Bald. en la rúbr. C. *de jur. emphit.* col. 1. — * Véase la nota anterior.

(149) Parece que lo mismo deberá observarse, aunque no se hubiese espresado que las mejoras debian hacerse á costa del colono; bastando que se diga que se entrega la cosa para ser mejorada, ó para que el colono la mejore, como dice Bald. en la l. pen. D. *locat.* al fin de la 2. lect.

(150) Indica esta ley que el que alquila un almacen no está obligado á la custodia de los géneros si especialmente no lo prometió; obsta la l. 60. §. últ. D. *locat.* y la l. 1. C. *de locat.* las que dicen que los que alquilan graneros quedan obligados á la custodia. A tenor de lo que dicen Az. en la suma C. *de locat.* y la Glos. en la l. 55. *D. locat.*, cuya opinion parece adoptarse en esta ley, podríamos contestar que la decision de la misma debe entenderse en el supuesto que espresa, ó tácitamente, mediante la entrega de las llaves, hubiese el locador renunciado al cargo de la custodia; de suerte que si esta manifestacion no ha tenido lugar, deberá custodiar la cosa, respondiendo de la culpa leve. Sin embargo, como esta ley no hace semejante distincion, sino que por punto general declara libre del cargo de la custodia al locador del almacen, será mas acertado decir, siguiendo á Jacob. de Aret., Odofr. y Alber. en d. l. 1. y á Bart. en d. l. 55., que si el locador cede toda la casa sin que él deba vivir en ella ni custodiarla, no vendrá á su cargo la custodia; de lo que infiere Bald. que los dueños de almacenes de nada responden al alquilarlos; y en estos términos procederá lo que esta ley dispone, y lo prueba d. l. 60. § últ.; ahora si el dueño, sin dejar de vivir en la casa, alquila los almacenes que hay en ella, tendrá lugar la distincion de Azon y de la Glos. en d. l. 55. Acerca de si el locador queda libre de la custodia por el mero hecho de la entrega de las llaves, véase á Paulo de Castr. en d. l. 55 y á Alber. siguiendo á Odofr. en d. l. 1., quienes opinan por la afirmativa.

(151) No se entienda de las faltas cometidas en la custodia, pues que como llevo dicho en la Glos. anterior, no viene á cargo del que cede toda la casa, ó bien almacenes separados de ella y que no están á la vista del locador: habla la ley de otra culpa, por ejemplo, si no quiso entregar las llaves, ó de otra suerte, los efectos perecieron: y parece que debe entenderse de la culpa lata y no de la leve, segun Azon en la suma *C. de locat.*, si bien se espresa confusamente: de la culpa leve y de la levísima parece que se hará cargo al locador en el único caso que consistan en hechos positivos, pues que entónces se equiparan á la culpa lata, como lo nota Bald. en la l. 32. D. *depos.* vers. *item quæro*, col. 11.

(152) Es decir, cuando los dueños de los efectos colocados en el almacen sabian que este era custodiado por un encargado del dueño, segun la Glos. en la l. 3. C. *de locat.*, ó que el dueño hubiese puesto al frente del almacen dicho encargado, sabiéndolo el conductor y no contradiciéndolo, ó con espreso consentimiento del mismo: entónces el locador no responde de la falta de cuidado de parte de este encargado, bastando que lo presente, segun Az. en la suma C. *de locat.* col. pen. al fin, la Glos. en d. l. 55. y Paulo de

llas cosas; estonce tenudo seria de leuarle ante el Judgador de aquel lugar, porque le pregunten (153), e sepan del, como acaescio aquella perdida. Mas si quando le dio el almazen a loguero, recibio sobre si el señor, la guarda de las cosas que y metiesse; estonce tenudo seria, de pecharle todo quanto y perdiesse. Fueras ende, si la perdida acaesciesse por alguna ocasion (154), que auiniesse por auentura, sin culpa del señor del almazen; assi como por fuego, o por fuerça de ladrones, o de enemigos, o de otra cosa semejante.

LEY 26. *Como los ostaleros, e los aluergadores, e marineros, son tenudos de pechar las cosas que perdieren en sus casas, e en sus nauios, aquellos que ay rescibieren.*

Caualleros, o mercaderos, o otros omes que van camino, acaesce muchas vegadas, que han de posar (155) en casa de los ostaleros (156), e en las tauernas (157); de manera (158), que han de dar sus cosas a guardar a aquellos que y fallaren, fiandose en ellos, sin testigos (159), e sin otro recabdo ninguno; e otrosi los que han a entrar sobre mar, meten sus cosas en las naues en essa misma manera, fiandose en los marineros: e porque en cada vna destas maneras de omes acaesce muchas vegadas, que ay algunos que son muy desleales (160), e fazen muy grandes daños, e maldades, en aquellos que se confian en ellos, porende conuiene, que la su maldad sea refrenada con miedo de pena. Onde mandamos, que todas las cosas que los omes que van camino, por tierra, o por mar, metieren en las casas de los ostaleros (161), o de los tauerneros, o en los nauios, que andan por mar, o por los rios; aquellas que fueren y metidas, con sabiduria (162) de los se-

Castr.: empero, cuando sin conocimiento del conductor hubiese el dueño puesto los almacenes á cargo de un dependiente, por el mismo hecho parece obligarse á responder de la custodia y de lo obrado por dicho dependiente, l. 5. §. 13. D. *commod.* y l. 11. princ. D. *locat.*; esto es, si lo nombró al tiempo del contrato; lo contrario diríamos si lo hubiese nombrado despues, d. l. 5. §. 14. y Bald. en d. l. 3. C. *de locat.*

(153) Acerca de si se les pondrá á tormento, véase Bald. en d. l. 3. C. *de locat.* y la l. 55. D. *locat.*: la presuncion está contra el encargado del almacen, cuando en él no se hallan los efectos, ó se encuentran señales de fractura, como lo dice Ang. en d. l. 3.

(154) Es decir, por caso fortuito, como ya indica la misma ley así como la l. 1. C. *de locat.*: de aquí se sigue que el locador responderá de la culpa leve y levísima cuando tomó á su cargo la custodia; así pues se aprueba aquí la opinion de la Glos. en d. l. 55, y esta fué tambien la de Az. en la suma C. *de locat.* col. pen. fundado en la l. 40. D. *locat.*; si bien allí Paulo de Castr. quiere que solo se le haga cargo de la culpa leve, y á d. l. 4. contesta que en el caso de la misma el conductor habia recibido especialmente salario por la custodia; pero en el caso de esta ley se supone meramente recibido precio por el uso del almacen.

(155) Cuéntase que el Simon Leproso del Evangelio es San Julian, en memoria del cual los viageros rezan un *Padre nuestro*, para que les dé buen hospedage: véase el Cartuciense, part. 2. cap. 25.

(156) Estos son los posaderos de los cuales se trata en el tít. D. *naut. caup. stabul.*: llámanse *stabularii* de la palabra *stabulum* [caballeriza], segun la Glos. en la l. 43. princ. D. *de rit. nupt.*

(157) Son ciertos lugares donde se venden comestibles y se da de comer, véase la Glos. en d. l. 43. princ. sobre la parte *taberna.*

(158) Es decir, que de necesidad debe recurrirse á ellos: no comprenderá pues esta ley al bañero, atendido que si acudimos á él no es por necesidad, segun Rodr. en el tít. *naut. caup. stabul.* §. 1. y Alber. en la rúbr. del mismo; sin embargo, segun ellos responderá del dolo y de la culpa lata. Parece que el posadero debe recibir los viajeros que se le presentan, segun la l. 1. al fin. D. *furt. advers. naut.*, allí *nec repellere potest iter agentes,* y así lo opinan la Glos. y Bart. en d. lug., y véase Alber. en la rúbr.; escptúese el caso en que tuviese justo motivo, como el no haber ya lugar en la posada, ó el ser enemigo suyo el huésped, ú otro motivo semejante: añádase Bart. en d. l. 1. §. 5.

(159) Esto manifiesta ser menester que haya testigos que declaren que cosas el posadero haya recibido de su huésped; sobre lo cual véase Bart. en d. l. 1. §. 5. D. *furt. advers. naut.*, Bald. en la rúbr. y en la l. 1. C. *de probat.* y en la l. 5. C. *de locat.* y Ang. en el trat. *malefic.* en la parte *fama pública,* col. 11.

(160) Añád. l. 1. princ. D. *locat.* y segun Bald. en la l. 1. C. *de locat.* por lo general los posaderos son hombres rapaces y villanos.

(161) Si uno hospedare á su amigo, no tendrá lugar la aplicacion de esta ley, segun el *Specul.* tít. *de furt.* vers. *quod si amicus*, y así opinó Rofr. segun dice Abb. en la l. 1. D. *naut. caup. stabul.*, y lo prueba esta ley mas abajo, cuando dice: *E lo que diximos.*

(162) Aprueba la opinion de la Glos. en la l. 1. §. últ. D. *naut. caup. stabul.* sobre la parte *illa-*

ñores de los ostales, o de las tauernas, o de las naues, o de aquellos que estouieren y en lugar dellos, que las guarden de guisa que se non pierdan, nin se menoscaben: esi se perdiessen por su negligencia, o por engaño que ellos fiziessen, o por otra su culpa (163), o si las furtassen algunos de los omes que *(s)* vienen (164) con ellos; estonce, ellos serian tenudos de los pechar todo quanto perdiessen, o menoscabassen. Ca guisada cosa es, que pues que fian en ellos los cuerpos, e los aueres, que los guarden lealmente, a todo su poder, de guisa que non resciban mal, nin daño. E lo que diximos en esta ley, entiendese de los ostaleros, e de los tauerneros, e de los señores de los nauios, que vsan publicamente a recebir los omes, tomando dellos ostalage, o loguero. E en esta misma manera dezimos que son tenudos de los guardar estos sobredichos, si los resciben por amor (165), non tomando dellos ninguna cosa. Fueras ende en casos señalados. El primero es, si ante que lo reciba, le dize, que guarde bien sus cosas que non quiere el ser tenudo de las pechar si se perdieren. El segundo es, si le mostrare, ante que lo rescibiesse, arca, o casa, e le dize: Si aqui queredes estar, meted en esta casa, o en esta arca vuestras cosas; e tomad la llaue della, e guardadlas bien (166). El tercero es, si se perdiessen las cosas por alguna oca-

(s) viven con ellos, Acad.

tæ; y véase el *Specul.* tít. *de furt.* col. 4. vers. *quid si res immissæ* y Ang. en la l. 1. § 1. D. *furt. advers. naut.*, quienes sientan que se entiende haber uno prometido la custodia de los efectos que recibió, ó que permitió que recibieran sus dependientes.

(163) Aunque sea levísima, segun la Glos. en la l. 3. §. 1. D. *naut. caup. stabul.* Empero, si se hubiesen embargado en poder del mesonero las caballerías que este hubiese admitido en su caballeriza, ¿responderá entónces de la culpa levísima? Bald. en la l. 5. C. *de locat.* atendiendo á que despues del embargo es mas bien secuestrador que posadero respecto de las caballerías, se decide por la negativa. Ha cambiado en efecto su encargo pasando de voluntario á necesario, l. 11. §. 3. D. *locat.* y arg. l. últ. D. *de lege commiss.*

(164) El posadero responde tambien del hecho de los viageros, así como el maestre de la nave del hurto ó daño causado por los pasageros, á tenor de la l. 1. §. últ. y l. 2. *D. naut. caup. stabul.* Así que cuando al mismo posadero se hace cargo de los efectos, responde del daño causado por los viageros; al paso que faltando dicha circunstancia solo responderá de la conducta de sus dependientes, segun la l. 1. §. 5. *D. furt. advers naut.*, entendida en estos términos por la Glos. y Bart.; ahora bien, respondiendo de la culpa levísima el posadero ó maestre de nave que recibió los efectos, y atendido que no hay hurto sin que esa culpa exista, tendremos que en todo caso responderá del hurto, l. 5. §. 3. *D. pro socio.* y la Glos. en la l. 3. *D. naut. caup. stabul.* en la parte *sine culpa.*—*Como queda anotado, en el códice adoptado por la academia de la Historia se lee *que viven con ellos*, y en el escurialense 3°. *que manen con ellos*: á tenor de estas dos lecciones parece que el maestre de nave, será responsable del hurto cometido á un viagero, tanto si el autor es otro viajero, como si es obra de cualquiera de sus dependientes; al paso que contra el posadero, no podrá dirigirse el viagero que ha sido robado cuando lo fué por otro viagero que se hallaba con él en la posada; y si solo en el caso que el hurto ó robo proviniese de los dependientes de la misma ó de los que de otra suerte moran en ella. La leccion de Greg. Lopez es menos precisa y mas confusa: la palabra *vienen* no es aplicable al hurto cometido en una posada, ya que no hay persona alguna que vaya, ni que venga con el posadero: únicamente, pues, podrá referirse al que se cometió en la nave, y atendida su significacion general comprenderá, tanto á los pasageros, como á los oficiales de la nave y demás individuos de la tripulacion. Por las leyes romanas la accion *rei persecutoria* se daba contra el maestre de nave y el posadero, no solo cuando el daño era obra de los dependientes de los mismos, si que tambien cuando provenia de los viageros ó pasageros, d. l. 1, §. últ. y l. 2. D. *naut. naut. caup.*; ahora, la accion penal de hurto no competia cuando se habia cometido este por los que no tenian el carácter de dependientes de la nave ó posada, l. unic. D. *furt. adv. naut.*

(165) Es decir, si tuvieran por oficio el hospedar mediante retribucion, pero no faltando esta circunstancia como dije en la not. 161. y lo prueba bastante esta cláusula.

(166) Nótese que segun esto la sola entrega de las llaves no libra al posadero del cargo de la custodia a la que está obligado; á no ser que añada *e guardadlas bien*, con cuya espresion parece haberse querido exonerar del cargo de custodiar los efectos: lo que dice la Glos. en la l. últ. vers. *item si prædixerit*, *D. naut. caup. stabul.*, á saber, que la sola entrega de las llaves exime de la culpa levísima, no es cierto; habla la Glos. sin autoridad segun Bald. en d. lug.; además en la opinion de Jacob. de Raven. la decision de la Glos. daria á los posaderos ocasion para delinquir, pudiendo tener dobles llaves, lo que latamente refiere Alber. en d. lug.; si bien Alber. en la l.

sion (167) que auiniesse, assi como fuego que las quemasse, o por auenidas de rios, o si se derribasse la casa, o peligrasse la naue, o se perdiessen por fuerça de enemigos. Ca perdiendose las cosas por alguna destas maneras sobredichas, que non auiniesse por engaño, o por culpa dellos, estonce non serian tenudos de las pechar.

LEY 27. *Como los ostaleros, e los aluergadores, (t) deuen recebir a los pelegrinos, e guardar a ellos, e a sus cosas.*

Bien assi como los mercadores, e los otros (u) omes que andan sobre mar, o por tierra, con entencion de ganar algo; bien assi andan los pelegrinos, e los otros romeros, en sus romerajes, con entencion de seruir a Dios, e ganar perdon de sus peccados, e Parayso. E pues que diximos en las leyes ante desta, (x) de los ostaleros, e los marineros que reciben a los Caualleros, e a los mercaderes, e a los otros omes que andan camino, en sus casas, o en sus mesones, o en sus nauios, que los guardassen, que no recibiessen daño (y) en sus cosas; mucho mas guisada cosa es, que fagan esso mismo (z) a los romeros, que andan en seruicio de Dios. E porende tenemos por bien, e mandamos a todos los aluergueros, e los marineros de nuestro Señorio, que los resciban en sus casas, e en sus nauios, e les fagan todo el bien que pudieren; e les guarden las sus personas, e sus cosas, de daños, e de todo mal, e que les vendan todas las cosas que ouieren menester, por aquellas medidas, e por aquellos pesos, e por tal precio, como lo venden a los otros (168) que son moradores en cada vn lugar de nuestro Señorio; non les faziendo otra escatima (169), en ninguna manera que ser pueda: e los que contra esto fizieren (170), deuen recebir pena, por

(t) et los marineros deben Acad.
(u) omes andan Acad.
(x) que los hostaleros et los marineros rescebiesen á los mercadores et á los otros homes Acad.
(y) en sus personas nin en sus cosas, Acad.
(z) á los pelegrinos et á los romeros Acad.

1. §. 1. *D. furt. advers. naut.*, dice que la entrega de las llaves exime de la culpa levísima. Téngase presente esta ley de Part., pues que no hallo que el derecho comun sea tan espreso en este punto. Añade. Alber. en d. lug. siguiendo á Jacob. de Rav. que lo mismo deberá decirse aunque el viajero hubiese dejado un guardian en su aposento, arg. l. 51. *D. de adquir. possess.* y l. últ. *C. de pact. convent.*, y añád. Alber. siguiendo á Odofr. en la l. 1. *C. locat.* y esto parece lo mas cierto, si bien de otra suerte opinó en el último supuesto Bald. en d. l. últ. vers. *item si prædixerit* y en la rúbr. *C. depos.*

(167) Añád. l. 3. §. 1. vers. *nisi si quod damno fatali*, *D. naut. caup. stabul.*

(168) Añád. cap. 1. *de empt. et vend.* y concuerda con esto el que á los que siguen la corte del Rey no pueden vendérseles los víveres mas caros que á los vecinos del pueblo, lo que se halla apoyado con la l. 18. *C. de cursu publico:* por esta ley dice Juan de Plat. en ella, que puede sostenerse el estatuto que dispone, que á la gente de armas contratada por la república ó enviada por el superior, se le suministre el forrage al justo precio: sin embargo, no debe establecerse prerogativa á favor de militares, ni de otras personas privilegiadas, en punto al precio de las cosas que están en venta, segun la l. 12. *C. de erogat. militar. annon.* y allí Juan de Plat.; de lo que infiere que es injusta la ley ó costumbre, que dispone, que en los dias de mercado nadie compre antes que se hayan provisto los curiales; pues que faltando la concurrencia baja el precio de las cosas; y dice que esta fué la opinion de Andr. de Barulo: de otra parte nadie puede ser precisado á que venda sus cosas por menos del justo precio, l. 2. *D. ad leg. Jul. de annon.* y arg. l. 5. princ. *D. de administrat. rer. ad civit. pertin.* y l. 9. *D. de rer. amot.* Por fin entiéndase esta ley, del precio corriente en el mer cado, l. 63. D. ad leg. Falcid. y allí Bart. y arg. d. l. 12. *C. de erogat. milit. annon.* —* El artículo 8 del decreto de Córtes de 8 de Junio de 1813 restablecido por real decreto de 6 de setiembre de 1836, declara que las producciones de la tierra y las de la industria, pueden venderse por sus dueños sin sujecion á tasas ni posturas; en una palabra, que todo se puede vender y revender del modo que mas acomode á sus dueños, con tal que no perjudiquen á la salud pública.

(169) Pues que cuanto el comprador pretenda rebajar del justo precio, ó subir el vendedor, se reputa torpe lucro, cap. 1. *ne clerici vel monachi*, y como dice S. Agust. en el lib. 13. *de civit. Dei*, cap. 3. *omnes sunt communiter hoc vitio involuti, ut vili prœtio emant, et caro vendant: et ideo non œquales sunt ubique frumenti, vinique mensurœ, ubi quidem emuntur majores, ubi venduntur minores, ut dicit Philos. 5. ethic.*; y así lo dice tambien Lucas de Pen. en d. l. 12.

(170) Nótese tambien que si los peregrinos son tratados con inhumanidad, no solo pueden acudir al juez del lugar como aquí se dice, si que tambien al obispo, quien en este caso puede juzgar á los legos, como lo prueba el cap. 1. *de empt. et vendit.* y lo nota allí Juan de Imol., alegando el cap. *si quis romipetas* 23. y los cap. si quis 21. 24. q. 3.; nótalo tambien Inoc. y Abb.

aluedrio del Judgador del logar, segun fuere el yerro, o el daño que fizieren.

LEY 28. *De las cosas que toman los omes a censo; a quien pertenesce el daño dellas, si se pierden, e como deue ser pagado el censo.*

Contractus emphyteuticus en latin tanto quiere dezir en romance, como pleyto, o postura, que es fecha sobre cosa rayz (171), que es dada (172) a censo (173), señalado, para en toda su vida

en el cap. *significantibus, de off. delegat.*, añád. l. últ. §. 7. *D. de numer. et honor.* y l. 1. *C. de episcop. audient.*, y refiere Juan Andr. en d. cap. 1. que cierto abad antiguo decia que su maestro argüia por el cit. cap. á favor de la jurisdiccion eclesiástica contra la temporal, al efecto de castigar á algunos que mezclaban harina de habas con la cera que ponian en venta; cuya decision no se admitirá tal vez por los tribunales civiles, si bien Juan de Imol. dice allí que debe tenerse presente.

(171) Unicamente pues las cosas inmuebles podrán ser objeto del enfitéusis, segun esta ley y la Novel. 120. cap. 6. §. 1., y lo notan la Glos. en el §. 3. *Inst. de locat.* y Az. en la sum. *C. de locat.*: esto es de la naturaleza del enfitéusis como dice Bald. en la l. 1. al fin *C. de jur. emphit.*, de lo que infiere que si en un instrumento se leyese que la Iglesia habia cedido en enfiteusis un olivar sito en tal punto, se entiende cedida la pieza de tierra y no los árboles tan solo; y añade que si la concesion se concretó á los árboles, estos serán la cosa enfitéutica y no el predio; subsistiendo el enfiteusis mientras los árboles existen, en virtud de la inamovilidad de las raices, y si muere el tronco y las raices retoñan, continuará el enfiteusis, pues que la raiz sigue siendo productiva, l. 18. §. 12. *D. de damn. infect.*: y sobre la necesidad de que la cosa sea inmueble para que exista el enfiteusis, véase Bart. en d. Novel. 120. cap. 5. 2. notab. col. 1.: sin embargo, la cosa mueble unida con un inmueble puede ser objeto de dicha concesion, segun Juan de Plat. en la l. 7. *C. de agricol. et censit.* fundado en ella y en d. Novel. cap. 5.

(172) Y no se requiere que al principio intervenga precio, aunque la Glos en el cap. *potuit*, *de locat.* dijo lo contrario, segun Abb. que afirma ser esta la opinion comun: véase la Glos. sig.

(173) No se crea que el contrato enfitéutico sea un contrato censual, pues que del uno al otro va mucha diferencia, como lo nota la Glos. y latamente Abb. col. pen. y últ. en el cap. *constitutus 6. de religios. domib.* y Jas. en la l. 1. *C. de jur. emphit.* col. 10. al fin y 11.; sino que se quiere significar que el enfitéusis se concede por una pension ó censo anual. Y adviértase que esta cláusula prueba no ser de la sustancia del contrato enfitéutico, el que al principio intervenga precio ú otra cosa, como varios opinaron, segun refiere Alber. en d. l. 1., donde dice ser esta la opinion comun: trata latamente Jas. esta cuestion en d. l. 1. y dice allí col. 1 y 2. que la opinion general es que no se requiere semejante precio ni otra cosa; cuyo parecer aprueba esta ley. ¿Qué diremos si la escritura dijere, fulano dió en enfitéusis ó á censo? Juan Fiabr. en d. l. 1. dice que se reputará enfitéutico el contrato; alega la l. 13. *D. pro socio* y la l. 15. *D. de aur. et arg. legat.* y con él conviene Jas. en la l. 2. C. *de jur. emphit.* col. 89. vers. 8. *quæro*: lo mismo parece tendrá lugar si en la escritura se leyere *recibo en enfitéusis ó á censo*, á no ser que las demás cláusulas indicasen otra cosa.

¿Qué se dirá de los contratos censuales de nuestro tiempo, con los que uno constituye el censo ó rédito anual sobre cosa propia, sin desprenderse del dominio de ella, limitándose á vender á cierta persona el derecho de percibir dicho rédito, como se observa en algunos contratos antiguos, de los cuales se trata en d. cap. 6.? ¿Serán ó no lícitos semejantes contratos? Antigua es esta cuestion, sobre lo cual hubo varias opiniones, como se ve por lo que dicen Inoc., el Hostiens. y Juan Andr. en el cap. *in civitate*, *de usur.* Distinguen generalmente los DD. entre la nueva constitucion de censo y la venta del censo ya constituido, diciendo ser lícito el contrato en el segundo caso: no se diga que hay usura entónces, pues que tenemos un verdadero contrato de compra y venta, que contiene precio, á saber, cierta cantidad de dinero, y cosa vendida, es decir cierto rédito ó canon, y no importa que se compre á perpetuidad, ó para el tiempo de la vida, ó para un número determinado de años: la misma razon hay para la validez de semejante contrato, que para la venta de una cosa corporal. Empero, si el rédito ó canon se impusiese sobre el predio al tiempo del contrato, será ilícito y usurario en la opinion de algunos, porque falta la cosa vendida, y además hay simulacion de contrato: á esta opinion parece propender Juan Andr. en las adic. al *Specul.* sobre la rubr. *de usur.* donde dice, que si los frutos son ciertos, cual las pensiones de un censo, y no eventuales, y el tiempo determinado, el contrato se acerca á la usura. Lo mismo parece sentir Inoc. en d. cap. *in civitate* cuando dice, que debe aconsejarse á los fieles que se abstengan de semejante contrato, en el supuesto que el censo se constituya de nuevo. La misma opinion sostuvo Henrique de Gándavo, segun dice Guillel. Bout. en

su *quodlibeto*, sobre si es ó no lícito comprar réditos vitalicios ó perpétuos; donde refiere ocho argumentos en que el cit. Gándavo fundaba su asercion; pareciendo ser el principal, que en el contrato de venta el dinero debe ser el medio y no el fin, l. 1. *D. de contrah. empt.*; porque cuando el dinero es la cosa comprada, tenemos usura, dado que el dinero es producido por el dinero: así que, parece que no es lícito comprar una pension mediante dinero, porque esto es en realidad comprar el dinero por medio del dinero: de aquí infiere que en el supuesto de ser lícito semejante contrato, convendria que se celebrasen dos, es decir, que se comprara el predio, y que despues se vendiera con el gravámen de la pension anual; y en efecto, resultara de esta suerte que el censo se percibiria de una cosa propia que se transmitió con esta carga: dice el citado autor que no basta se diga, que comprando una pension no se compra dinero y si el derecho de percibirlo; pues que si bien es cierto que el derecho de percibir la pension es distinto de la pension misma, y que es estimable y por lo mismo capaz de ser objeto de venta; sin embargo parece que no puede comprarse directamente mediante dinero, sino que es menester que se verifique precediendo la compra del predio, ó despues de haberse constituido el censo mediante donacion, ó precediendo otro acto de esta naturaleza. Lo mismo al parecer opina Juan de Ligniano, al cual sigue Lorenzo de Rodul. en su trat. *de usur.* cuest. al fin, en el supuesto que á la nueva constitucion de censo se agregara el pacto de reventa; igual parece ser la opinion de Abb. en su disput. 5. que empieza *Augerio.*

Lo contrario opinaron muchos DD. segun refiere Inoc. en d. cap. *in civitate, de usur.*, y el mismo Inoc. parece no apartarse de la opinion de los mismos, si bien dice por via de consejo que debemos evitar semejantes contratos; Guillel. Bont. en el lug. arriba d. en la constest. á la 7. razon de Henrique Gándavo cita otros varios que siguen igual opinion: Hállase tambien sostenida por Silvester en la sum. en la parte *usura* vers. 12. *quœritur*, donde dice que esta es opinion comun entre los DD. parisienses y canonistas en d. cap. *in civitate*, añadiendo que no ve razon fundada de diferencia entre el censo ya constituido y el que se trata de constituir; ya porque lo que se compra no es directamente el censo ó rédito, y si el derecho de percibirlo; ya porque si el censo antiguo, que segun todos los DD. puede ser lícitamente objeto de venta, debió ser lícitamente instituido, y de consiguiente no hay razon para que otro no pueda constituirse ó venderse. Si se supone constituido ilícitamente entónces como cosa de suyo injusta no podrá comprarse, en virtud de la regla *non firmatur* 18, *de regul. jur.* lib. 6. tampoco puede decirse segun él, que en tal caso no hay cosa vendida, pues que tenemos ciertos réditos ó el derecho de exigirlos que podrán ser objeto de venta, así como los frutos que se esperan, l. 8. D. *de contrah. empt.* y como lo que cogerá el pescador, l. 13. D. *de act. empt.* Esta opinion parece aprobarse por dos estravagantes de Martino V y Calixto III, en el tít. *de empt, et vend.* del vol. de las extravagantes comunes, donde tales contratos se declaran lícitos y no usurarios: lo mismo declaran la l. 68. de Toro y las nuevas leyes, una hecha en las Córtes de Madrid en 1534. pet. 127. y la otra en las de Toledo pet. 10., las que autorizan dichos contratos aunque intervenga el pacto de retro. Esto es lo que procede atendido el rigor del derecho y la opinion mas comun entre los DD.; y de otra parte en vista de las declaraciones de los Sumos Pontífices citados, ya no queda lugar á disputa en ese punto, como en una cuestion semejante lo dijo Pedro de Anchar. en la regla *peccatum, de reg. jur.* lib. 6. col. 16. al fin, esto es, acerca de si podemos apoderarnos de los bienes de los infieles que quieren vivir entre nosotros en paz: en ese punto discrepaban Inoc. y el Host., pero dice Anchar. allí que habiéndose decidido el Papa por la afirmativa, no habia mas que guiarse por esa decision; y que no incurriria en pecado el que fundado en la autoridad de la Iglesia ocupase dichos bienes: refiere tambien Guido papa en su opúsculo *de contract. illicit.* col. 8. que esta es la opinion que sigue todo el mundo, y que el Papa así lo tolera de cierta ciencia, hasta respecto de los eclesiásticos; añade que el Papa concedió al convento de San Antonio de Viena y algunas iglesias colegiadas de Francia del Delfinado la facultad de comprar pensiones anuales del modo dicho, facultad que concede á cada paso, si bien segun el cit. autor, no habria necesidad de impetrar semejantes licencias, pues que el derecho comun autoriza el referido contrato, segun la opinion mas averiguada, y generalmente aprobada por los canonistas y los teólogos.

Debe esceptuarse en primer lugar el caso en que el nuevo censo se constituye sobre la persona misma que recibe el capital: entónces el contrato es siempre ilícito, como que tiene el carácter de usurario por comprarse el dinero con el dinero, siendo así que este fué inventado para estimar las demás cosas y no para estimarse por sí mismo, l. 42. D. *de fidesjussor.* y d. l. 1. D. *contrah. empt.* Esta escepcion se colige de las palabras de Inoc. en d. cap. *in civitate*, *de usur.*, las que parece lo indican espresamente, y en d. lug. convienen en lo mismo Juan Andr., Anton. y la generalidad de los DD.: y Juan de Liguian. dice en el cap. últ. *de usur.* al cual ci-

ta y sigue Lorenzo de Rodulf. en d. trat. *de usur.* 6. cuest. princip. vers. *quæro 14 habes statutum* etc. que si la costumbre ó estatuto de la ciudad dispone, que los administradores vendan el dinero del comun á algun sujeto y á sus herederos al 5 ó 10 por 100, semejante contrato será ilícito, á no ser que la ciudad constituya el censo en bienes de ella que no consistan en dinero contado: de esta misma escepcion trata Franc. de Aret. cons. 351. que empieza *viso temate ad me transmisso* etc. Empero, adviértase que Bald. en la l. unic. C. *de his, qui pœnæ nomine*, col. 7. vers. *et hoc facit ad quæstionem*, parece no convenir con la escepcion que hemos establecido; estas son sus palabras: *pone, ego emi á Titio nomem suum, hoc modo; quia emo á Titio pro milte reditus quinque pro centenaris annuatim; et plerique dicunt, quod ista non est usura: sed in contrarium facit, quia iste reditus est infallibilis, et ejusdem perpetui tenoris, unde iste contractus est suspectus de usurariá pravitate, præsertim si iste coloratus emptor consueverat fœnerari: plerique concedunt, quod iste contractus es suspectus; tamen non adeo, quod fœneratitius debeat judicari, quod concedo, si in regione communiter hic reditus frequentatur, et inter bonos servatur, et apud mercatores.* En contra de la misma escepcion dice Bald. en el cap. único. *si de feudo vasallus ab aliquo interpellatus*, vers. *sed quid dices*, á saber, que si por mil florines que te entrego compro de tí la pension anual de cincuenta, si bien creen algunos que semejante contrato no está esento de la sospecha de usura (y entre ellos el mismo Bald. en d. l l.) sin embargo lo consideran lícito si se pactó que el capital se invertiria en la compra de finca, aunque esto no se cumpliere, debiendo entónces el vendedor imputarse á sí mismo esa falta; y con esta opinion parece conformarse Bald. si bien añade al momento: reflexiónese sobre esa cautela y téngase cuidado que no se cargue la conciencia con semejantes cavilaciones. Contra la misma escepcion parece opinar Silvester. en el lug. arriba cit., donde despues de haber referido la decision de Juan de Lignian. de la cual hemos hecho mérito, dice parecerle que tambien en este caso hay verdadera venta, y que la obligacion no es personal, sino real, pues que se obligan por el censo los bienes del vendedor: fúndase en la razon de Verver. y Alex. Lombar. que he citado mas arriba; á saber que tenemos tres especies de bienes, que son los muebles, los inmuebles y los derechos sobre entrambos, y que de la última clase es la cosa vendida en el censo: lo mismo opinan, Conrado en su trat. *de contract. cuest.* 74. y 75., Molina en su trat. *de usur. et contract.* n. 22. y Juan de Medina en el trat. *de restitut.* en la cuest. *de censib.* col. 5. A pesar de esto, parece que debe quedar subsistente la escepcion, ya porque se admite por la mayoria de los DD., ya porque en el caso de la misma no interviene realmente cosa vendida fuera del dinero, y de consiguiente no puede negarse que semejante contrato viene á confundirse con el mútuo, ó cuando menos que tiene mucha afinidad con él: la razon de Silvester carece de fundamento en nuestro caso, pues que el censo no se impone sobre cosa alguna mueble ni inmueble; á mas de que aun cuando el vendedor obligara sus bienes al pago del censo, tampoco subsistiria el contrato, porque esta hipoteca es accesoria de una obligacion personal, y por lo mismo no tenemos bienes ó cosa que sea objeto de la venta: y viene en apoyo de lo mismo lo que dije en la not. 112. de este tit. á saber, que la hipoteca como accesoria debe seguir la suerte de la accion principal; y lo mismo prueban las citadas estravagantes, cuando dicen que se imponia el censo sobre villas, tierras, campos, espresados en el contrato, y que de este modo y no de otra suerte se celebraba. En vista pues de todo lo dicho téngase por subsistente la escepcion, y como medio de evitar usuras paliadas. En un solo caso podriamos prescindir de ella, á saber, cuando el que vendió el censo tuviese por costumbre alquilarse á tanto por año, y vendiese los servicios que puede prestar, ó constituyese un censo sobre los mismos; entónces seria lícito el contrato, como se infiere de lo que dicen Inoc. y otros en d. cap. *in civitate*, y así opina Aug. de Clavas. en su suma sobre la parte *usura.* vers. *quid de illis* col. 2.: entónces en efecto hay cosa vendida. De lo dicho anteriormente se sigue que si la cosa sobre la cual se ha constituido el censo desaparece del todo, desaparecerá tambien el cargo de la pension, pues que no existe el objeto sobre el cual se cimentó el derecho de percibirla, es decir que el riesgo será del comprador, á semejanza de lo establecido en la l. 1. C. *de peric. et commod. rei vend.* ¿Pero que dirémos, si tratándose de un edificio, resta el solar? Véase lo que digo mas abajo en la not. 179; y sin duda desaparecerá el censo si se constituyó precisamente respecto del predio, de modo que ni el vendedor ni sus herederos estén obligados á su pago si el predio desaparece, y si solo en cuanto lo posean: faltando empero esta circunstancia aumenta la duda, atendido que el predio no se vendió y si solo se hipotecó en seguida del pago del censo; por lo que parece que la principal obligacion es personal, al paso que es accesoria la enagenacion del predio sobre el cual se constituye; lo que ciertamente apoya bastante la opinion de los que quieren que semejante censo puede depender de la mera obligacion personal del que recibe el dinero: empero podria aun contestarse que si bien el predio no se ha vendido, se vendieron los réditos del mismo por el

capital entregado, cuyos réditos son la materia del contrato, y de consiguiente tenemos entónces un derecho real inherente al predio.

En segundo lugar será nulo el censo cuando los réditos de la cosa sobre la cual se constituye no alcanzan para el pago de la pension; por ej. si se impuso sobre una casa que no producia mas que cinco, un censo de diez de pension: este contrato será ilícito y fraudulento, segun Juan de Lignian en el cap. últ. *de usur.*, al cual cita y le sigue Lorenzo de Rodulf. en su trat. *de usur. cuest.* 12. fol. 6.; porque entónces no aparece mas que una obligacion personal, segun el cap. *illo vos.* 4., *de pignor.* y el cap. *ad nostram* 5., *de empt. et vend.* Silvester en el lug. cit. conviene en que este contrato es ilícito y particularmente sujeto á restitucion; aunque no conviene en que sea en rigor usurario, dado que mediando la venta no hay mútuo. Adviértase que esta escepcion tiene muchos puntos de contacto con la anterior; porque respecto de la parte que falta á los réditos para llegar á la pension, parece que no hay cosa vendida, de consiguiente por lo que mira á esa parte la obligacion será personal, y el contrato se presumirá usurario: y aun cuando en semejante caso el vendedor obligase todos sus bienes al pago del censo, me parece que su imposicion será nula; porque como dije al tratar de la anterior escepcion, se requiere que el censo se constituya sobre alguna ó algunas cosas y con relacion á ellas; á mas de que, como dije tambien, el hipotécar bienes para el pago del censo no equivale á constituirlo en ellos, como lo sienta Lorenzo de Rodulf. lug. cit. col. 13. Conviene tener esto muy presente, pues que á tenor de lo mismo deberian desaparecer varios censos que pagan personas pobres, y que se hallan constituidos sobre bienes, cuyo producto líquido no alcanza á la pension. Hace tambien al caso lo que dice Bald. en la l. 15. §. 6. D. *de legat.* 2., á saber que ó se venden los frutos, constituyendo el derecho de usufruto en la cosa á favor del comprador, ó no constituyéndose este derecho y si solo obligándose á entregar los frutos; en el primer caso, dice, hay enagenacion, segun la l. últ. C. *de reb. alien. non alienan.*; pero no en el segundo. Viene tambien en apoyo de lo mismo el que la hipoteca de todos los bienes es un accesorio que garantiza la ejecucion de la obligacion principal, sin alterarla ni modificarla, como de otra parte lo espresa la Clementina al fin *de præbend.* y lo sientan Felin. en el cap. *licet de off. ordin.* y Dec. cons. 305. col. últ. y cons. 413. col. últ. Adviértase que la escepcion de que tratamos no procede cuando el comprador ignoraba los réditos de la cosa, y fué en este punto engañado por el vendedor; entónces el contrato no será ilícito, ni se presumirá usurario; antes bien tendrá el comprador la accion *empti* para exgir la reparacion de perjuicios, arg. l. 21. princ. y §. 1. D. *de act. empt.*, l. 9. D. *de contrah. empt.* y ll. 12 y 63. tít. 5. de esta Part. Empero si no hubo engaño de parte del vendedor, será nulo el contrato, aunque el comprador diga que ignoraba cuales eran los rendimientos de la cosa; porque á mas de parecer afectada esa ignorancia, debe imputársele el no haberse informado de dichos rendimientos, arg. l. 19. D. *de reg. jur.* y l. 11. §. 5. D. *de institur.* Si á la escepcion espresada se objetare que en la constitucion de censo poco importará que se diga *obligo tal finca*, ó bien *impongo el censo sobre tal finca*; á tenor de lo que dice Bald. en la l. 9. D. *de ann. legat.*, á saber, que lo mismo es decir *lego diez sobre tal predio*, que *obligo aquel predio*, contestarémos que, aun cuando la opinion de Bart. fuese cierta (lo que no carece de duda como se ve por lo que dice el *Specul.* tít. *de locat.* §. *nunc aliqua*, vers. 86.), habla con relacion al peño ó á la hipoteca; al paso que nuestra cuestion versa sobre si existen réditos que sean objeto de la venta; en una palabra, tratamos de si existe ó no cosa vendida. A mas de que si bien Bart. quiere que lo mismo sea decir *sobre el predio*, que *obligo el predio*; no dice si será lo mismo decir *obligo la heredad á tal legado*, que *impongo el legado sobre la heredad*, entre cuyas fórmulas hay mucha diferencia relativamente á la cuestion que nos ocupa. Lo mismo prueban las cit. estravag. (si es lícito arguir por la parte narrativa), cuando se refieren á la imposicion de censos sobre tales heredades, casas etc., y cuando dice, *bonis in ipso contractu tunc expressis, pro ipsius census exsolutione in perpetuum obligatis.* Ahora, si el censo se constituye sobre todos los bienes, el contrato subsistirá, porque la disposicion principal se refiere á ellos al paso que en el otro supuesto venian obligados accesoriamente; y así opinó el cit. Lorenzo de Rodulf. en d. cuest. 13.

En tercer lugar será nulo el censo consignativo si hay injusticia en el precio, y además el pacto de retro: estas dos circunstancias juntas harán que se presuma usurario, como lo dice una glosa notable en el cap. *conquœstus, de usur.*: aun adelantó mas Lorenzo de Rodulf. en d. trat. cuest. 18. al fin, donde dice que no obstante ser justo el precio el censo consignativo se presumirá usurario siempre que se interponga el pacto retro; cuya opinion la reputo falsa en virtud de lo que llevo dicho: en efecto, dicho pacto, en el supuesto de ser justo el precio, se considera lícito por dichas estravagantes. En el supuesto de concurrir con la injusticia en el precio, variaban las opiniones acerca de si haria ó no presumir usuraria la constitucion de censo: por la afirmativa, á mas del contenido de la Glos. cit.

tenemos á Inoc., Juan Andr., Anton. y Juan de Imol. en el cap. *ad nostram, de empt. et vend.*, y varios otros DD. citados por Cépola, trat. *de simulat. contract. 6. casu principali*, por Socin. cons. 248. vol. 2. que empieza *numquid ex duobus* y Dec. cons. 167 y 308.; además dice Bald. en la l. últ. *C. de condit. incert.* que el pacto de retro solo es sospechoso cuando los réditos son escesivos respecto del precio, y particularmente si se puso la cláusula de donacion. Sostuvieron la opinion contraria varios DD. que tambien se citan en dd. lugs., y con ella, aun que bajo ciertas limitaciones, parece conformarse Cépola lug. cit., así como Socin. en d. cons. 248, donde plenamente contesta al cap. *ad nostram*, *de empt. et vend.* y al cap. *illo vos*, *de pignor.* Sin embargo, atendida la afinidad que hay entre el mútuo y los contratos censuales, y que por medio de ellos se amortigua la caridad cristiana, me inclino á pensar con los que sostienen que el pacto de retro junto con la injusticia en el precio causa la nulidad del censo consignativo, tanto mas cuanto esta opinion tiene á favor suyo la Glos. y AA. de mucha nota; y atendido que se halla bastante apoyada en d. cap. *ad nostram*, pudiendo decirse que el Papa no juzga usurario el contrato en dicho cap. por el hecho de haberse estipulado que habria lugar á la retroventa desde los siete á los nueve años: puede en efecto la venta celebrarse para cierto tiempo, l. 2. *C. de pact. int. empt. et vend.*, sin que pueda graduarse de usurario semejante contrato, segun Bald. en el cap. 1. vers. *quæro*, *de quibusdam*, *de feud. dat. in vic. leg. commiss.*; no puede decirse pues que estribe en ese pacto la disposicion de d. cap. *ad nostram*; sino que se funda en la injusticia respecto del precio unida al pacto de retro, sea puro, sea á cierto tiempo; y lo que allí se lee de los siete á los nueve años fué una casualidad que provino del caso que se proponia. La razon fundamental está en que no se presume la intencion de vender cuando concurren las dos circunstancias indicadas; así que la l. 1. tít. 2. lib. 8. del Ord. Real que juzga usurario el contrato celebrado con el pacto de retro, y con la circunstancia que no puede redimirse hasta pasado cierto tiempo, tal vez deberá entenderse bajo el supuesto de ser injusto el precio: pues que de otra suerte, esto es, por el mero pacto no podria el contrato presumirse usurario, como dice Cépola en d. trat. presunc. 10., y lo prueba bastante el cit. cap. *ad nostram*; y es de creer que los autores de la cit. l. del Reino tuvieron en consideracion en este punto el derecho canónico, á mas de que seria nula la ley civil que, contra lo establecido por la canónica ó fuera los casos en que ella dispone, graduara de usurario el contrato en virtud de ciertas conjeturas, como lo afirma Feder. de Senis, cons. 96. que empieza: *apparet quædam lex*, lo mismo opina Abb. en el cap. *cum contingat*, *de jurejur.* y Felin. en el cap. *Ecclesiæ Sanctæ Mariæ*, col. 22. *de constituto.*

¿Pero cuando se dirá injusto el precio por lo que mira á la cuestion presente? Abb. en d. cap. *ad nostram*, dice que no basta cualquier lesion en el precio, sino que es menester que sea muy ínfimo con respecto al valor de la cosa; porque á causa del pacto de retro disminuye el valor de la misma, arg. l. 19. D. *de contrah. empt.*; lo mismo opina Socin. alegando á Abb. en d. cons. 248. al fin, quien ademas aduce lo anotado por Bart. en la l. 1. §. 16. *D. ad Trebell.* y en la l. 63. *D. ad leg. Falcid.*; en efecto enseña la esperiencia que con dicho pacto las cosas se venden á menos precio; y de otra parte bueno es tomar á la esperiencia por guia, segun la Clement. *dispendiosam*, *de judic.*, el cap. *multi* 12. 40. dist. y el cap. *quam sit*, *de elect.* lib. 6. Sin embargo, la opinion contraria está sostenida por Cépola en d. trat. presun. 3. al fin y por Guido Papa el cual habla tambien de estas pensiones anuales en su opusc. *de usuris*, fol. 3. col. 1. y en la decis. del Parlamento del Delfinado, cuest. 516, donde dice espresamente, que si el precio no es justo segun la estimacion comun el contrato se presume usurario si interviene el pacto de retro; alega la Glos. en d. cap. *conquæstus*, y dice que así lo ha visto practicar constantemente. No obstante hallo mas arreglada la primera opinion, no pudiendo negarse que mediante dicho pacto la cosa vale menos para el comprador, ya que no consigue tan pleno derecho como si el pacto no hubiese intervenido, y atendido que á causa de la facultad de redimir tiene en suspenso un capital que de otra suerte hubiera podido emplear de un modo estable y provechoso para si y sus herederos: y esta parece ser la opinion que se aprueba en d. l. de Madrid, la que tasa á razon de catorce por uno estos censos de pan, vino etc. Podríamos tal vez decir que el pacto de retro causa la disminucion de una cuarta parte del valor efectivo de la cosa; de modo que si el precio no llega á las tres cuartas partes se considera injusto: esto es lo que parece inferirse de la disposicion de d. l., de la Nov. 7. cap. 3. §. 1. junto con la Glos.; de esta en la auth. *perpetua*, *C. de Sacros. Eccles.*, de la l. 66. *D. ad leg. Falcid.* y de la Glos. en d. l. y en el §. *hoc jus porrectum*, 10. cuest. 2. sobre la parte *distractæ*: abora, como los censos perpétuos de ordinario se compran á razon de treinta ó mas por uno, bastará que en virtud de dicho pacto se disminuya la cuarta parte y de consiguiente, para que el precio sea justo será menester que se paguen á razon de veinteidos y medio por uno; y como los precios varian con el tiempo, en vez de observarse la tasacion de la ley de Madrid, deberá atenderse á las variaciones que vayan esperimentando los

(174) de aquel que la rescibe, o de sus herederos (175), (a) o segund se auiene (176), por cada año: e tal pleyto como este deue ser fecho con

(a) por su persona, ó otorgar un home Acad.

censos perpétuos; partí cularmente en nuestros reinos, donde el comercio es limitado y las especulaciones menos ganânciosas y frecuentes que en Italia y en Francia. Podríamos añadir otras escepciones partiendo de lo anotado por Abb. en d. cap. *ad nostram* al fin, y por Juan Andr. siguiendo al Hostiense en d. lug., así como de las presunciones de Cépola en d. trat. *de simulat. contract.*; empero, basta haber indicado las principales. No obstante lo que llevo espuesto, aconsejo con Inoc. y otros DD. de peso que se procuren evitar estos contratos, como yo lo he hecho siempre: porque segun dije arriba, por medio de ellos se desvia la caridad cristiana. Sobre esta materia mi hijo querido Diego Pizarro ha escrito un tratado que está en prensa, en el cual como varon timorato que anhela la salvacion eterna, restringe en lo posible este contrato; el que guste puede ver este libro: por lo que á mi toca he dado mi parecer, que sujeto á la censura de los que mas sepan.—* Véase el apéndice sobre los censos, á continuacion de la nota última de este título.

(174) Lo mismo tendremos si se constituye para cierto tiempo; para el de 10 años por ej.; v. Bald. en la l. 1. princ. *D. si ager vectig.*, donde se ocupa del caso en que no se hubiese determinado el tiempo, sino qne se hubiese usado de la fórmula siguiente: *concedo in emphiteosim ad tempus*; sobre lo mismo véase Jas. en la l. 2. *C. de jur. emphit.* vers. 7. *quæro.*—* Atendida la letra de esta ley es muy dudoso que exista enfiteusis cuando la concesion se limita á diez años; y de otra parte no es posible inferir otra cosa de su espíritu. Además como ya reconoce el mismo Greg. Lopez en la glos. siguiente, la perpetuidad es de la naturaleza del enfiteusis.

(175) Si se hizo simplemente mencion de los herederos, vendrán todos comprendidos, ll. 22. y últ. *C. de legat.* y ll. 65. y 70. *D. de verb. signifi.*; porque está en la naturaleza del enfitéusis el ser perpetuo, segun Bart. en la l. 1. princ. *D. si ager vectig.* y en la l. 2. *C. de jur. emphit.* col. 2. y Ang. en la l. 11. *D. de servit. urban. prœd.* Esceptúese el caso en que el enfitéusis fuese tal que no se acostumbrase conceder mas allá del primer heredero; á él se limitará entónces este nombre, y comprenderá el segundo si así se hubiese acostumbrado y así sucesivamente, segun Bald. en la l. 14. *C. de usufruct.* fundado en la misma. Tenemos otra escepcion cuando el enfitéusis se concede por la Iglesia; entónces se transmite solo á los descendientes y nunca á los herederos estraños, segun la Nov. 7. cap. 3., y así opinan la Glos. y Bart. en la l. 18. *D. solut. matrim.* y Juan Andr. en las adic. al *Specul.* tít. *de locat.* §. *nunc aliqua*, vers. 113.; y esta es la opinion comun, segun Dec. en el cap. *in præsentiâ, de probat.* col. 14. diciendo que debemos seguirla como jueces y como consultores, y allí contesta á las razones de Abb. en d. cap. *in præsentia*, col. 9. quien sostuvo la opinion contraria. Sobre este punto puede juzgar el lector, teniendo presente que tanto por la Nov. 120. cap. 6. §. 1., como por la l. 3. tít. 14. Part. 1., parece que la disposicion de d. Nov., la que limita á la tercera generacion y á ciertos herederos la transmision del enfitéusis, no tendrá lugar hoy dia, mayormente no aprobándose esa limitacion ni por la l. de Part. ni por el derecho canónico: deberémos tal vez atender á si en la escritura se dijo que la Iglesia concedia simplemente en enfitéusis á alguno para él y sus herederos sin añadir la palabra perpetuamente, ó si esta se continuó: en el primer caso parece que procederá la opinion comun, y que en el segundo serán admitidos todos los herederos, así estraños, como descendientes. Cuando habia concebido esa opinion, hallé que era la de Bart. en las adic. al *Specul.* tít. *de locat.* y en la auth. *si quas ruinas*, *C. de Sacros. Eccles.* col. 1. y en otros lug. cit. por Alex. en la l. 18. *D. solut. matrim.*, cuando refiere la cuarta opinion principal, donde cita á Ang. y á otros que reprueban la de que se trata: no obstante ella me satisface porque concilia las diferentes opiniones. Lo mismo parece que tendrémos si la concesion se hizo á favor del enfitéuta y de cualesquiera herederos: pero ¿vendrá entónces comprendido el legatario, atendido que se considera en cierto modo heredero respecto de la cosa legada, segun la l. 14. §. 1. *D. de usucap.*? Véase á Jas. en d. l. 2. cuest. 14. donde cita á varios que opinan por la afirmativa; si bien no se refieren á la concesion hecha por la Iglesia. Lo dicho debe entenderse bajo el supuesto de tratarse de cosa que se ha acostumbrado ceder en enfitéusis, pues que de otra suerte pasaria tambien á los herederos estraños, segun Dec. lug. cit. col. 15. Adviértase tambien que si se dijo concederse á los herederos masculinos vendrán únicamente comprendidos los descendientes; así lo sienta Rayn. de Forli. en la disput. que empieza *quidam habebat duos filios*, y así opinan Bald. en la l. 29. §. *etiam* col. pen. D. *de liber. et posth.* fundado en d. §. *si clientulus. de alienat. feud.* y Dec. en d. cap. *in præsentia*.

¿Qué dirémos si uno toma en enfitéusis para sí y sus hijos y herederos? ¿será menester que los hijos sean herederos para que puedan suceder al enfitéusis? Bart. en la l. 7. §. *D. de oper. libert.* sostiene la afirmativa, alegando la cit.

Nov. 7. cap. 3. y así opinan Bald. en la l. 40. princ. *D. de pact.* fundado en ella y Ang. en d. l. 29. §. *etiam D. de liber. et posth.*, y lo mismo dice Alex. cons. 44. vol. 4. *viso temate* al princ. en el supuesto que se hubiese dicho *para los hijos y sucesores*, quien alega á Imola en la l. 86. *D. de verb. oblig. col. últ.* Y si los hijos fuesen instituidos en partes desiguales ¿sucederán igualmente al enfitéusis? así lo afirma Bald. en d. auth. *si quas ruinas.*, col 4. y en la l. 10. *C. de oper. libert.* col. 6. Pero adviértase que parte del supuesto que no se hubiese añadido la palabra *y herederos*, como lo indica la razon que da, á saber, que entónces el enfitéusis no es un derecho hereditario, como en el caso que se hubiese dicho *y herederos;* de lo que se infiere que si semejante espresion existe, los hijos segun él, serán llamados al enfitéusis, cada uno por la parte que le quepa en la herencia; y que no se admitirá al instituido en cosa cierta, segun el mismo Bald. en d. l. 10. col. 7. vers. *secundum dubium,* porque el instituido de esta suerte no viene bajo el nombre de heredero en caso de duda, l. 13. *C. de hæred. instit.* y l. 62. *D. de reg. jur.;* á lo menos esto procederá cuando el padre espresamente dispuso que los bienes enfitéuticos pasaran á los herederos universales, segun Alex. citando á Ang. é Imol. cons. 124. col. pen. vol. 5.; véase tambien á Jas. en d. l. 2. *C. de jur. emphit.*, vers. 5. *quærit. hic Salicetus*, col. 99. de todo el tratado, donde dice que esta cuestion es dudosa y que en ella discrepan los DD., pero nada afirma, limitándose á citas, al paso que omite dicho consilio de Alex. Nótese tambien que el padre puede asignar á uno de los hijos el enfitéusis hereditario, segun Bald. en d. l. 10. *C. de oper. libert.* col. 7.: se considera pues al igual de los demás bienes: así que atendidas las leyes del Reino la indicada facultad del padre quedará limitada al tercio, quinto y legítima. Ahora, si el enfitéusis no se hubiese concedido en clase de hereditario, y sí para el enfitéuta y sus hijos sin la palabra *herederos,* entónces este no podrá prelegarlo ni donarlo á uno de los hijos, segun Bart. en d. l. 7. §. 6. *D. de oper. libert.* col. 2. vers. *secundum dubium.* Lo contrario sostienen Bald. en d. auth. *si quas ruinas* é Imol. en el cap. *potuit, de locat.* últ. *chart.;* pero Alex. en d. cons. 124. col. pen. asegura ser generalmente desechada la opinion de Bart., motiva la suya y cita los DD. que la apoyan: v. d. cons.

¿Qué dirémos si en el acto de la investidura se dice simplemente que se concede la cosa en enfitéusis, sin hacer mencion de los hijos ni de los herederos? Bald. en el cap. 1. *quib. mod. feud. const. possit.* quiere que entónces se entienda concedido para los hijos varones; lo que respecto del feudo decide allí la Glos. y añade que esto debe tenerse muy presente; y la misma decision de Bald. la refiere Jas. en d. l. 2. vers. 10. *quæro*, col. 101. de todo el trat., diciendo que Ang. en la l. 18 §. últ. *D. de pet. hæred.* fundado en la Nov. 7. cap. 3., quiere que en caso propuesto pase el enfitéusis á los hijos de uno y otro sexo; y sin dilucidar este punto se conforma con esta dicision.

Empero, consideradas las palabras de la cit. Nov. 7. cap. 3., así como lo anotado por la Glos. en d. cap. 1. *quib. mod. feud. const. poss.*, opino que si la Iglesia da simplemente en enfitéusis sin hacer mencion de hijos ni de herederos, durará únicamente por el tiempo de la vida del enfitéuta, atendido que la concesion no se estendió á los descendientes; lo que prueba bastante d. Nov. bien entendida: en efecto cuando dice, *nisi filios aut nepotes habuerint.*, se refiere á lo espresado al principio en el vers. *fieri sinimus, et in accipientis persona, et in duobus ejusdem personæ hæridibus deinceps, filiis etc.*, es decir que se refiere al caso que en el acto de la concesion se hubiese hablado de los hijos y de los nietos: espresa además que no pasará del marido á la muger ni vice-versa, á no ser que especialmente se hubiese pactado; pero no dice la cit. Nov. que si la Iglesia dió simplemente en enfitéusis una cosa, sin hacer mencion de los descendientes del enfitéuta, que la concesion se estienda á ellos. Ni debe suponerse que Ang. en d. §. últ. diga lo contrario, porque alegue la cit. Nov. pues que, como dije, parte del supuesto que la concesion se hubiese hecho á favor de los hijos y de los nietos. Por ahí se ve que se equivocó Juan de Imol. en d. l. 86. D. *de verb. oblig.* col. 10. cuando dijo, que si la Iglesia da en enfitéusis sin limitacion de tiempo, se entiende hacerlo perpetuamente, por lo mismo que la ley le concede esta facultad, y que no puso limitacion alguna, arg. l. 34. *D. de pœn.*: en efecto, hállase esto en oposicion con el cap. 3. de d. Nov. el cual fué derogado únicamente para el caso que la Iglesia espresare conceder en enfitéusis á perpetuidad. Es tambien evidente que se equivocó Bald. en la auth. *si quid, C. qui potior. in pign. hab.* y en las adic. al *Specul.* tít. *de locat.* col. 2. vers. *ecclesia potest*, donde dice, que si la Iglesia concede simplemente el enfitéusis, á Ticio por ej., se entenderá á favor del mismo y de sus hijos y nietos; lo que dice hallarse anotado en la l. 18. *D. solut. matrim.;* pero la Glos. no espresa allí semejante idea, sino que el enfitéusis eclesiástico no se transmitirá á los herederos estraños y si solo á los hijos y á los nietos, y alega d. Nov. 7. cap. 3. la que como llevo dicho habla tambien de los hijos y de los nietos. De esta suerte parece entender Bald. la cit. Nov. en la auth. *defuncto, C. ad tertulian.*, cuando dice: *nam enfiteusis ecclesiastica de sui natura non respicit nisi lineam descendentem, quoniam non debet fieri nisi in*

plazer de ambas las partes, é por escrito (177): ca de otra guisa non valdria. Otrosi deuen ser

accipientis persona, et in duobos ejusdem personæ hæridibus: fúndome en la palabra *fieri* y en lo que añade despues, *nisi dicatur expressè quod transeat in omnes descendentes in infinitum, quia tale pactum hodie valet per dict. §. licentiam.* Por esto se ve que padeció descuido Paulo de Castr. en la l. 18. *D. solut. matrim.* espresando que Bald. decia en la cit. auth. *defuncto* que si la Iglesia concede simplemente el enfitéusis, se entiende, concederlo hasta la tercera generacion. Añádase á lo dicho, que si la cit. Nov. 7. cap. 3. hubiese espresado lo que supone Bald. no arguyera este (d. cap. 1. al fin, *quib. mod. feud. const. poss.)* del feudo al enfitéusis para probar que si se ha concedido simplemente, pasa á los hijos varones, y mucho menos recomendara la ilacion como cosa notable y digna de tenerse presente: que dicha Nov. debe entenderse del caso en que se hizo mencion de los hijos é hijas, lo afirma Juan de Imol. en d. cap. *potuit* al fin, *de locat.* Sin embargo, de algunas palabras de la misma Nov. parece inferirse que no es necesario se haga mencion de los hijos: en efecto, la exige respecto del consorte, para que á él se transmita; luego, podrá decirse, no es necesaria en cuanto á los hijos.

Adviértase tambien que pudiendo la Iglesia hoy dia conceder el enfiteusis á perpetuidad, mediando justa causa y las solemnidades prevenidas por el derecho canónico, se entenderá concedido de esta suerte, aunque se haga simplemente, y entónces se transmitirá tambien á los herederos estraños, segun Alex. en d. l. 18., y lo mismo se deduce de lo anotado por Dec. en d. l. col. 15.: y en este caso podrá sostenerse la opinion de Juan de Imol. en d. l. 86. *D. verb. oblig.*

Empero, si un particular da simplemente alguna cosa en enfiteusis, parece que por lo mismo que no se ha espresado tiempo pasará á los herederos del enfiteuta, aunque sean estraños, arg. l. 9. D. *de probat.* y d. l. 34. *D. de pœn.* De lo dicho se sigue que se equivocó Bald. en la l. 2. *C. de jur. emphit.* col. 1. y en el §. últ. *de feud. dat. in vic. leg. commiss.*, que es el cap. *quidam de usu mediolanensi,* donde dice, que si alguno adquiere por prescripcion el enfitéusis de iglesia, se estenderá hasta la tercera generacion, á semejanza, dice, de lo que tiene lugar cuando se concedió simplemente, esto es, sin distincion de personas, segun la Nov. 7. cap. 3.; en efecto este testo no prueba semejante asercion: lo mismo sostiene en la cuestion *de emphiteusi præscripta.* Lo contrario sienta Ang. en d l. 2., diciendo que debe limitarse al tiempo de la vida del que ha prescrito, es decir, al tiempo menor; y esta opinion por lo que mira al enfitéusis que se ha alcanzado por prescripcion, quizás es la mas acertada, á pesar de lo que dice Jason en d. l. 2. col. 69. de todo el tratado.

(176) Valdrá el pacto de que pase al primogénito, segun Bald. en d. l. 2. *C. de jur. emphit.* col. 1. y Jas. en d. l. col. 69 de todo el tratado, vers. 2. *quærit Bald.*, y añade allí el mismo Bald. que por lo que mira á la primogenitura debe mirarse al tiempo de la muerte, atendido que es de la naturaleza de la sucesion el referirse á dicho tiempo, así pues se considerará la prioridad existente entónces, alega la l. 17. §. pen. D. ad *Trebell.*, lo que debe tenerse presente en los mayorazgos. Valdrá tambien el pacto con que se previene que sucedan los hijos espúreos, segun el mismo Bald. en d. l. 2. col. 1., al cual sigue Jas. en d. col. 69.: fúndase Bald. en que no son llamados en calidad de herederos, sino como habiendo estipulado por medio de procurador. Si bien los DD. no tocan este punto, parece que obsta á la decision indicada el que semejante pacto induce á delinquir; de lo que se sigue que debe ser nulo, l. 5. *D. de pact. dot.* y l. 27. §. 3. *D. de pact.*, de ahí es que no subsistirá la ley que habilite á los espúreos para suceder, como lo afirman Bart. y Paul. de Castr. en la l. 27. *D. ad leg. Falcid.* y Bald. en la l. 1. *C. de jur. aureor. anull.*, en la l. 1. *C. de his quæ pen. nom.* col. 2. y en la l. 14. C. *de fideicomm.* col. 8 y 9., donde da por razon que semejante estatuto seria contra las buenas costumbres, equivaliendo á la dispensa del dolo futuro; y de esto deduce que el príncipe no puede legitimar los hijos que aun no son concebidos; de consiguiente semejante estatuto, como que es ocasion de pecado podrá anularse por el obispo, como lo aconsejó Feder. de Senis. cons. 275., lo que refiere Juan de Plat. en la l. 1. *C. de his qui de defer.* al fin: añád. Bart. en la l. 3. *D. qui testam. fac. poss.*

Podria decirse que si el pacto indicado se refiera al que puede esperar prole legítima y natural, por ej. al que puede contraer matrimonio y tener hijos del mismo, entónces subsistirá, pues que no incita á delinquir, no debiendo presumirse que pretenda tener hijos de union ilegítima: ahora si el pacto se refiere al que solo pueda esperar hijos espúreos, por ej. al clérigo ordenado *in sacris* parece que será nulo: y esta distincion se colige de lo anotado por Bart. en la l. 77. §. 1. vers. *facit ad quæstionem. D. ad Trebell.* y de lo que dice Abb. en el cap. *in præsentia, de probat.* col. 5.: téngase presente esta distincion, pues que no se halla formulada por los DD.: esta cuestion fué ventilada en una causa ruidosa en Consejo Real.

(177) Que la escritura es indispensable, á mas de esta ley lo prueba la l. 3. tít. 14, Part. 1. con

guardadas todas las conueniencias (178), que fueren escritas, e puestas en el. E porque este pleyto es semejante, mas a los logueros, que a otro contrato ninguno, porende fablamos en este Titulo del: e dezimos, que si la cosa que assi es dada a censo, se pierde toda por ocasion, assi como por fuego (179), o por terremoto (180), o por aguaducho (181), o por otra razon semejante; tal daño como este pertenesce al señor della, e non al otro que la ouiesse assi rescebida: de aquel dia en adelante, non seria tenudo de darle censo ninguno. Mas si la cosa non se perdiesse del todo, por aquella ocasion, e fincasse quanto la ochaua parte (182) della alomenos; es-

aquellas palabras: *E deuese fazer por carta de escriuano publico;* y por lo que mira al derecho comun esta era la opinion mas recibida, como lo atestigua Jas. en la l. 1. *C. de jur. emphit.* col. 15 y 16., y esta es la opinion de Az. en la suma C. tít. cit. col. 2. vers. *celebratur iste contractus.* Adviértase que la escritura se requiere, tanto para la sustancia, como para la prueba del acto, Jas. lug. cit.: y de aquí inferia Ang. en la l. 4. *D. de edendo*, que si el enfitéuta no exhibia la escritura al dueño directo, podia ser espelido por este, presumiéndose que el enfitéusis habia concluido; alega á Bald. y al *Specul.*, pero estos no dicen semejante cosa.

(178) Añád. l. 1. y 2. *C. de jur. emphit.* y el §. 3. Inst. *de locat.*

(179) Si pues la casa ha sido consumida por un incendio, el area que resta no impedirá, segun esta ley, que desaparezca el canon; lo que debe tenerse muy presente, pues que lo contrario sostiene Ang. en la Nov. 7. proem. §. 1., fundándose en que siendo el area la parte principal de la casa, l. 98. §. 8. *D. de solut.*, no puede decirse que haya desaparecido enteramente la cosa enfitéutica; argumento de que se vale en una cuestion semejante Juan de Imol. en el cap. *potuit, de locat.*, col. 19. vers. *et prœdicta faciunt ad quœstionem;* y esta opinion es la que adopta Jas. en d. l. 1. *C. de jur. emphit.*, col. 4.: téngase pues presente esta ley. A semejanza de lo que ella establece podrémos decir que si se quemara la viña ú olivar concedido en enfitéusis, desaparecerá el canon, no obstante el solar que resta: lo mismo parece en el supuesto que una casa quedara diruida á consecuencia de terremoto, aunque subsista el area: viene en apoyo de esta ley, el que cambiada la forma de la cosa parece que ha dejado de existir la substancia de la misma, l. 9. §. 3. *D. ad exibendum*, y l. 5. §. últ. *D. quib. mod. usufruct. amitt.*: y por lo que mira á la casa consumida por un incendio lo afirma Bart. en d. l. 1. col. pen. diciendo que si quiere ceder el area no se le obligará al pago de la pension; al paso que si quiere satisfacerla subsistirá el enfitéusis, cuya decision es bastante notable; y tal vez deberémos decir lo mismo si se estingue la cosa sobre la cual se impone el censo, á tenor de los contratos que se celebran hoy dia; porque parece militar la misma razon, á mas de lo que llevo dicho al principio de esta ley.

(180) Juan de Imol. siguiendo á Juan Andr. en el cap. *potuit, de locat.* toma por significativa de terremoto la palabra *chasmate* que se encuentra en la Glos.

(181) Es decir por inundacion; porque lo que se halla inundado se considera que ha desaparecido, l. 10. §. 1. *D. de peric. et commod. rei vend.* y l. 3. §. 17. y l. 30. §. 3. *D. de adquir. possess.;* y advirtiéndose que la inundacion producida por las aguas del mar ó del rio se equipara á la invasion de los enemigos, l. 12. §. últ. *D. de bon. auctor. jud. possid.;* de ahi es que cesará el canon si el enfiteuta se ve privado de los frutos de alguna cosa á causa de alguna guerra, segun Bart. citando á Jacob. de Aret. en la l. 21. §. 1. *D. de adquir. possess.* y en la l. 1. *C. de jur. emphit.* y lo sientan Juan de Imol. citando á otros en d. cap. *potiut.* col. 18. y Juan de Plat. en la l. 2. C. *de fund. patrim.*; y Jas. en d. l. 1. col 20. y sigs., despues de haber discutido latamente este punto y de haber referido varias opiniones y dichos notables sobre la materia decide lo mismo.

(182) Hase tomado esto de lo que dice Az. en la suma de C. *de jur. emphit.* vers. *est autem natura*; empero si bien en los ejemplos de que se vale habla de esta octava parte, su opinion parece ser que cualquiera que sea la que resta, subsiste el enfiteusis, y con él la obligacion de satisfacer el canon: esta fué tambien la opinion de la Glos. en d. l. 1. y el §. 3. *Inst. de locat.* y de la Glos. en el cap. *potuit, de locat.* así como del *Specul.* en el tít. *de locat.* §. *nunc aliqua.* vers. 135. y es la opinion comun. Empero, nuestra ley de Part. quiere que si la parte que queda no llega á la octava, que cese la obligacion de pagar el canon; y no hay duda que en el hecho de haber determinado la parte merece elogio nuestra ley. De la disposicion dicha, deberemos esceptuar el caso en que la pension guardase proporcion con los frutos; pues entónces aunque la cosa no haya desaparecido del todo, aunque quede la octava parte, el enfitéuta no deberá la pension integra, y si solo á proporcion de los frutos que restan, si estos han quedado reducidos á menos de la mitad, ó bien sino bastan para el pago de dicha pension, como lo opinan Bart. en la l. 1. C. *de jur. emphit.* y Bald. allí 2. *oppono;* así lo decidió Alex. cons. 112. vol. 1. que empieza *videtur in presenti consultatione*, y lo sienta tambien Jas. en d. l. 1. col. 19.: deberá pues entónces darse al enfi

tonce tenudo seria, de darle censo cada año por ella, assi como le auia prometido. E aun dezimos, que si la cosa que es dada a censo, es de Eglesia, o de Orden, si aquel que la touiesse, retouo la renta, o el censo, por dos años (183), que lo non diesse; o por tres años (184), si fuesse de ome lego que non fuesse de Orden; que dende en adelante los señores della sin mandado del Juez (185) la pueden tomar. Pero si despues de estos plazos sobredichos, quisiessen pagar la renta por si sin pleyto ninguno, fasta diez dias (186), deuela rescebir (187) el señor de la cosa; e eston-

téuta la misma facultad que se da al conductor por la l. 2. de este tít.; y tal vez deberemos decir otro tanto de los contratos censuales de nuestros dias, por los que se impone el censo proporcionado á los frutos: en efecto parece militar la misma razon, á mas de que, de lo contrario, el censo resultaria impuesto sobre la persona, segun lo que dije al principio de esta ley.—* En el supuesto que de la cosa enfitéutica quede una parte que no llegueá la octava, ¿el enfitéuta se hará dueño absoluto de dicha parte que resta? el que era dueño directo no conservará el derecho de tanteo ni el laudemio? La ley tan solo declara estinguido el gravámen del canon, con lo que parece dejar subsistentes los demás derechos, á mas de que si estos desapareciesen en el caso en cuestion, podria suceder que el enfitéuta lucrara á consecuencia de una calamidad, é indudablemente aconteciera cuando no hubiese hecho mejoras; al paso que la ley se propuso únicamente librarle de un perjuicio grave. Es sin embargo atendible, que estinguido el canon parece faltar de todo punto el enfitéusis, pues que falta el recocimiento del dominio directo.

(183) Añád. cap. *potuit. 4. de locat.* y la auth. *qui rem* C. *de Sacros. Eccles.*, y esto tiene lugar aunque una iglesia sea enfitéuta de otra, Glos. en la Nov. 120. cap. 8. en la parte *perbiennium*, si bien Salic. en d. auth opinaba que eran menester tres años; empero parece mas acertada la opinion de la Glos. atendida la ley últ. que alega: que la Iglesia cesando en el pago del canon por dos ó tres años pierde el derecho en el enfitéusis, lo afirman la Glos. en el cap. *constitutus*, *de religios. dom.* en la parte *juxta ratam* y Bald. en el cap. 1. *de alienat. feud.* y en l. 5. C. *de Sacros. Eccles.*, así como Jas. en d. lug. col 4. fundado en que esta decision está conforme con la naturaleza del contrato: lo mismo opina Abb. en d. cap. *potuit*, si bien allí Juan Andr. opina lo contrario: el *Specul.* dejó esta cuestion indecisa, haciendo mérito de opiniones encontradas, en el tít. *de resti. in integr.* §. *quis autem* col. 8. Sin embargo, podrá en este caso la Iglesia pedir la restitucion por entero, á semejanza del menor, segun el Specul. *tít. de locat* § *nunc aliqua* vers. 14 y 15., y V. Bart. en la l. 2. C. *si advers. vend. pign.* y Jas. en d. l. 2. C. *de jur. emphit*, cuest. 1. col. 11. ¿Qué diremos si la Iglesia sucede á un particular? V. Bald. en d. l. 2. lect. 2. donde concluye que aun cuando hubiese transcurrido un año durante la vida del particular dueño directo, deberán despues transcurir dos, porque la Iglesia no debe tener mas derecho que el que correspodía al difunto; véase además sobre esta cuestion á Salic. en d. l. 2. cuest. pen. y á Jas. cuest 13 col. 42. de todo el trat.

(184) Añád. l. 2. C. *de jur. emphit.*, y esto tiene lugar aunque el dueño directo sea el fisco, segun la Glos. en la 23. C. *de administr. tutor.*, si bien Salic. dice allí que bastarán dos años; pero la razon en que se funda desaparece en vista de lo que dije en la Glos. 112. de este tít.

(185) Aprueba la opinion de la Glos. en la l. 2. *C. de jur. emphit.* y en el cap. *potuit, de locat.*, opinion que es la comun y la de Az. en la sum. C. tít. cit.: no será pues necesario que preceda sentencia declaratoria, seg. el Hostiens. y Anton. en d. cap. *potuit*, donde el segundo dice que esta es la opinion comun; lo mismo opinan Bald. en las adic. al *Specul.* tít. *de locat.* §. *nunc aliqua* col. 6., Alex. cons. 6. vol. 3. col. pen. y Dec. cons. 146. 2. duda. Sin embargo, se esceptuará el caso en que el enfiteuta opusiere resistencia de hecho, seg. Bart. y Ang. en d. l. 2., si bien Jas. en ella cols. 62 y 63. de todo el trat., al cual, véase, sostiene lo contrario citando á otros. Tambien deberémos esceptuar el caso en que el dueño directo hubiese solicitado el ministerio del juez para desposeer al enfiteuta, sin protestar que queria le quedase salvo el derecho de hacerlo de su propia autoridad. Tampoco tendrá lugar esta facultad si el enfitéuta negase que hubiese dejado de satisfacer el canon, ó pretendiera no haber transcurrido el tiempo de la ley, pues que entónces, semejante negativa hace dudoso el derecho del dueño directo, segun el *Specul.* tít, *de locat.* §. *nunc aliqua* vers. 48.; empero Juan de Imol. en d. cap. *potuit* col. 12. sostuvo lo contrario, fundado en que de otra suerte podria facilmente eludirse lo disposicion de la ley mediante una negativa. A pesar de este inconveniente, será mas seguro adoptar la opinion del Specul., la que se halla apoyada por Bald. en d. l. 2. y en el §. *ad hæc de pace juram. firm.* col. últ., y lo mismo parece deducirse de lo que dice Dec. en el cit. cons. 146. 2. dud.

(186) Adopta una de las opiniones indicadas por la Glos. en d. cap. *potuit, de locat.*; pero esta y en general los DD. adoptan otra distinta, concluyendo que se deje al arbitrio del juez, y así lo dice Jas. en d. l. 2. cuest. 30. Téngase presente nuestra ley en punto á ese plazo que concede, y

ce non gela deue tomar (188). E si a ninguno destos plazos non pagasse la renta, estonce (189) puedele tomar la cosa (190) el señor; maguer non le pidiésse el censo, el por si, nin otri por el. Ca entiendese, que el dia del plazo (191), a que deue pagar la renta, lo demanda por el señor, e aplaza al otro, que la pague.

LEY 29. *Como aquel que tiene la cosa a censo, si la ouiere a enagenar, que la deue vender al señor ante que a otro, queriendo dar tanto precio por ella, como da otro ome.*

Enagenar, e vender puede la cosa, aquel que la rescibio a censo (192). Pero ante que (193) la

nótese que aun cuando el dueño directo haya manifestado dentro de los dos dias querer espeler al enfitéuta, este podrá purgar la mora mientras ellos no hayan transcurrido, como se infiere claramente de esta misma ley, si bien Alex. en la l. 84. *D. de verb. oblig.* opina lo contrario, así como Cepola, *cautela* 135. que empieza *tu scis quod emphiteota*, al paso que Jas. en d. l. 2. cuest. 29. decide en oposicion á los mismos y en conformidad á lo que llevamos indicado. Pero ¿qué dirémos si el dueño directo cede la cosa á otro en enfiteusis ó en pleno dominio, pasados los dos ó tres años, pero sin haber dejado transcurrir los diez dias? Parece que ya no habrá lugar á purgar la mora, porque la cosa ya no es *íntegra*, mayormente si el dueño se halla obligado al saneamiento; sobre lo cual véase á Ludov. Roman. consil. 103., y hace al caso la l. 8. D. *si quis caut. jud.;* además, solo es posible purgar la mora permaneciendo las cosas en el mismo estado, arg. l. últ. C. *de repud. hœred.* y cap. *si tibi absenti*, 17. *de prœbend.* lib. 6. y lo sienta Jas. en d. l. 84. D. *de verb. oblig.* col. 4.

(187) No procederá pues lo que dice Bald. en la l. 2. C. de *jur. emphit.* col. 2. lect. 2. fijando el sentido del cap. *potuit, de locat.*

(188) Quiere esta ley que pueda impedirse al enfitéuta el purgar la mora pasados los diez dias. Téngase esto presente, pues que la opinion mas general de los que discurren sobre el derecho comun está en contrario, segun Jas. en d. l. 2. cuest. 29., donde trata latamente este punto, y Alex. consil. 106. col. 3. vol. 2.

(189) Antes de haber transcurrido no podrá, como dije en la glosa anterior; así pues mientras no hayan pasado los dos términos no tiene lugar la ejecucion de derecho, segun esta ley: con esto queda contestado lo que dicen los DD. en el lug. cit., á saber que haciéndose la ejecucion por la ley, no cabe purgar la mora, desde el momento en que el dueño ha espresado su voluntad, l. 23. vers. *de illo,* D. *de oblig. et act.*, l. 19. D. *de legat.* 2. y Bart. en d. l. y en la l. 84. D. *de verb. oblig.*

(190) Junto con las mejoras, l. 2. C. *de jur. emphit.*, y en ella Jas. 7., notab. y Bald, cap. *si vassallus, hic finitur lex, in usib. feud.* Acerca de las mejoras que vienen comprendidas, véase á Molin. en sus comentarios sobre las costumbres Parisienses, tít. 1. §. 1. glos. 5. fol. 8. col. 3. vers. *obiter,* donde decide que el enfitéuta pierde aquellas mejoras que son de costumbre, á las cuales estaba obligado espresa ó tácitamente en virtud del contrato; pero no las demás, por ej. las que hizo levantando edificios, ó de otra suerte invirtiendo caudales de consideracion.

(191) Lo mismo espresa la cit. l. 2. y el cap. *potuit*: véase lo que digo en la l. 8. tít. 14 de esta Part.

(192) Adviértase que de esta palabra parece inferirse que la disposicion comprende tambien al censuario, es decir que si enajena la cosa afecta al censo, sin avisar al dueño del mismo para el tanteo, caerá dicha cosa en comiso; así opina Ang. de Aret. en el §. *adeo* Inst. *de locat.* alegando á Bart. en la l. 1. §. *penult. de superficiebus*: sin embargo, tengo por averiguado que el censuario no viene comprendido en la disposicion de la ley; porque, habiéndole transferido el dueño todos sus derechos, es decir el dominio pleno, segun lo anotado por la Glos. y los DD. en el cap. *constitutus, de religios. domib.*, podrá libremente disponer de la cosa; dado que cada uno es arbitro de lo suyo, l. 21. C. *mandat.* y l. 25. §. 11. D. *de petit. hœred.*: á mas de que, así como el censuario no cae en la pena de comiso faltando al pago de la pension, segun lo anotado en d. cap. *constitutus,* tampoco deberá caer en ella por enagenar la cosa; porque estos dos actos se equiparan siempre en cuanto á dicha pena, como lo manifiesta el cap. *potuit, de locat.* y lo sientan Alex. consil. 106. lib. 4. y Decio consil. 164. col. 3. el cual dice, que Ang. de Aret. se equivocó en esta materia, y que Bart. á quien cita, no habla del censuario, y si del superficiario, al cual solo se transmite el dominio útil; lo mismo opina Socin., al cual Decio no cita, consil. 208. col. 4. vol. 2., diciendo que así pensó Imol. en el cap. *ad audientiam, de reb. Eccles. non alien.* col. 2. Por lo que mira á esta ley de Part., debe concretarse al enfiteusis, tal como se describe en la ley anterior, esto es al caso en que el censo se paga en reconocimiento del dominio que conserva el que cobra dicho censo, segun lo anotado por Bald. en el tít. *de pace Constantie,* en las palabras *persolvere fictum:* Véase á Alber. en la l. últ. C *de jur. emphit.* col. penúlt. allí donde dice *sed nunquid hœc lex habeat locum in contractibus nostri temporis, quia appellantur ad hœreditatem perpetuam.* Téngase presente

lo que llevamos espuesto, pues que los DD. no tocan esta cuestion en d. l. últ., ni en el cit. cap. *potuit*.

(193) Es decir, despues de perfeccionado el contrato: en efecto, puede sin dificultad el enfitéuta poner en venta la cosa sin conocimiento del dueño directo, Abb. en d. cap. *potuit, de locat.* 1. notab.; hay mas, aun cuando se hubiese cerrado el contrato, evitará la pena de comiso, si no ha verificado la entrega; v. Jas. en su tratado *de jure emphyteutico*, cols. 155 y 156.

(194) ¿Qué dirémos si la permuta por otra? No se exige que lo ponga en conocimiento del dueño directo; este no goza entónces del derecho de tanteo, porque no puede dar al enfitéuta la misma cosa que se le ha ofrecido, como dice Juan Andr. en las adic. al Specul. tít. *de locato*, vers. 121, y así opinan Juan de Imol. en d. cap. *potuit*, col. 8. vers. *an autem*, Abb. consil. 74. vol. 1., Dec. consil. 160. y Jas. en d. l. últ. consil. 145. de todo el tratado, si bien una pequeña glosa sobre la palabra *transponere*, quiere que d. l. últ. tenga tambien lugar en la permuta. Sin embargo, si fuese posible que el dueño directo ofreciera lo mismo ó el tanto, se dará lugar al tanteo en el supuesto de permuta, segun Inoc. en d. cap. *potuit*; Abb. en d. consil. y Dec. en el lug. cit. En todo caso, el enfiteuta debe requirir al dueño para que dé la investidura y la posesion al adquirente, recibiendo el laudemio, Jas. lug. cit.

Lo mismo que de la venta deberémos decir del arriendo para largo tiempo, segun Imol. en d. cap. *potuit*, sobre la glos. 3. y Alex. citando á otros, consil. 120. vol. 3.; no obstando que el enfitéuta pueda, sin consentimiento del dueño, vender la facultad de percibir los frutos de la cosa, como se infiere de lo que dice Bart. en la l. 57. D. *solut. matr.*; cuya facultad no puede disputársele mientras la concesion no sea para mucho tiempo, pues que entónces equivaldria ella á una especie de enagenacion, segun la l. 1. §. *quod ait*, D. *de superfic.* y así lo decide Bald. novel. en el tratado *de dote*, fol. 41. col. 1.; podrá sin embargo el enfitéuta sin consentimiento del dueño directo ceder el derecho de usufruto, segun Bald. en la l. 1. D. *quib. mod. usufruct. amit.*, lo que dice ser notable Alex. en la l. 3. §. *ex contrario* D. *de adq. poss.* col. 13.; espresa haberle ocurrido un caso de esta naturaleza, y añade que puede el enfitéuta constituir á favor de uno el uso y á favor de otro el usufruto; y en la pen. col. dice que la decision de Bald. estriba en que por medio de la constitucion de uso ó usufruto, no trasmite el enfitéuta el dominio útil, ni las mejoras, y de consiguiente que no estamos entónces en el caso del cap. *potuit*, *de locato*, y de d. l. últ.; lo mismo opina Jas. en d. l. col. 149 de todo el tratado.

¿Y si el enfitéuta hiciese donacion de la cosa Véase la Glos. en d. l. últ. la que dice no haber lugar al tanteo, y esta es la opinion mas comun: véase Jas. en d. l. col. 128 y 135. de todo el tratado, donde se ocupa del caso en que la donacion se hiciese por el enfitéuta de la iglesia: véase tambien Bald. en la l. pen. l. *ne rei domin. vel templor.*, en el §. *donare*, *qualiter feud. alien. possit*, y en el §. *libellaric, de pace Constantiæ*, y Bart. en la l. *in conventionalibus D. de verb. oblig.* Por lo que mira al caso en que el enfitéuta lega la cosa, véase Jas. lug. cit. col. 138. ¿Qué dirémos si la venta ó enagenacion es necesaria, haciéndose, por ej. para pagar á los acreedores del enfitéuta? Jas. lug. cit. col. 149. de todo el tratado, vers. 5. *quæro* siguiendo á Bald. en el cap. 1. princ. *de prohib. feud. alien. per Freder.* dice, que puede la cosa darse en pago de deuda por el juez, salvo el canon; empero, parece mas legal el conceder al dueño el tanteo, es decir que podrá quedarse con la cosa enfitéutica, encargándose de pagar á los acreedores, atendido que no hay razon de diferencia, lo que se ejecuta por medio del majistrado se entiende practicado por el mismo deudor, l. 13. C. *de evict.* y l. 24. D. *de pign. act.*; ahora bien, derivando del deudor el derecho que adquiere el comprador, deberá ser aplicable esta ley, no de otra suerte que si el mismo deudor hubiese vendido, l. 13. §. 17. D. *de act. empt.* y l. 31. D. *de usufruct. leg.*; y así lo decide Bald. cons. 306. vol. 1., y si bien habla del caso en que se convino que no se enagenaria sin notificarlo al dueño directo, lo mismo deberémos decir, aunque falte este pacto, ya porque es de la naturaleza del contrato y viene comprendido por la disposicion de la ley, ya porque milita la misma razon en uno y otro caso.

¿Qué dirémos si el enfitéuta enagena por medio de la siguiente fórmula; véndote la cosa en cuanto me sea permitido de derecho y no de otra suerte? Bald. en el cap. 1. §. 1. col. 4. vers. *sed pone, quod vendidi etc. de succesione feudi*, hablando del feudo, dice, que mediante estas palabras evitará la pena de comiso, arg. l. 34. y l. 38. §. 1. D. *de adquir. posses.*, aunque al tiempo de la entrega hubiese omitido salvar los derechos del dueño directo, derechos que de otra suerte debieran salvarse en el mismo contrato, arg. l. 35. D. *de serv. urb. præd.*; empero, esceptua el caso en que á consecuencia de la entrega corporal puede el dueño salir perjudicado, como en el supuesto de tratarse de un castillo, que con dificultad podrá recuperarlo; pues entónces la tradicion lleva consigo el dolo, el cual debe purgarse con la pérdida del feudo, porque las protestas simuladas nada producen, sino es el aumento del fraude, l. 16. D. *de jur. patron.*: que el enfitéuta evita la pena de comiso mediante la indicada fórmula, lo sienta Jason, refiriendo la

venda (194), deuelo fazer saber al señor (195), como la quiere vender, e quanto es (196) lo quel dan por ella. E si el señor le quisiere dar tanto por ella, como el otro, estonce la deue vender ante a el que a otro. Mas si el señor dixesse que le non queria (197) dar tanto, o lo callasse (198)

opinion de Bald. lug. cit. (si bien no tan latamente, como lo hemos hecho) en d. l. últ. col. penúlt. vers. 25. *quœro*: añádase lo que dice Bald. en el cap. 1. §. últ. *quœ fuer. prima caus. benef. amit.* vers. *sed pone,* donde, suscitando la misma cuestion respecto del feudo, concluye que si bien parece que obra clandestinamente cuando enagena sin conocimiento del dueño, atendido que en lo perjudicial no sirve la protesta; sin embargo, no perderá el feudo si usó de aquellas palabras, *no de otra suerte, ni de otra manera,* porque entónces parece que la enagenacion queda sin efecto, dado que no quiso enagenar, si no tenia derecho para ello, segun lo anotado sobre un caso análogo en la l. 9. C. *de excep.* y en la l. 22. §. 1. D. *famil. ercisc.* y arg. l. 57. D. *de manum. testam.* Lo mismo dirémos si el enfitéuta vendió so condicion de intervenir el consentimiento del dueño directo, segun Alber. en d. l. últ. col. últ., fundado en la l. últ. C. *de fund. patrim.*, y lo sienta Jas. en d. l. últ. col. últ.

¿Y si la enagenacion, aunque nula de derecho, se ha efectuado de hecho? No dará lugar á la pena de comiso, l. 5. C. *si mancip. ita fuer. alien.*, l. 137. §. 6. D. *de verb. oblig.*, Specul. tít. *de locato*, §. *nunc aliqua,* vers. 95., Bart. en la l. últ. §. *sin autem* C. *commun. de legat.*, Bald. en la l. 2. C. *de episcop. audient.* y Alex. consil. 99. col. últ. vol. 5.: acerca de si el que vende parte de la cosa perderá el todo, véase Alex. lug. cit. y Jas. en d. l. últ. vers. 13. *quœro*, penúlt. *carta*, col. 2. Adviértase que esta ley no es aplicable al que enagenó ignorando que la cosa era enfitéutica, segun Jas. en d. l. últ. vers. 15. *quœro*, col. 154. de todo el tratado, y añád. Dec. consil. 328. col. últ., donde puede verse á quien incumba la prueba en este punto, así como lo anotado por Bald. en el cap. 1. §. *si vassallus feudum*, al fin *si de feud. fuer. controv. inter domin. et agnat.* Por lo que mira á si la enagenacion hecha por el padre, que habia recibido en enfitéusis para sí y sus hijos, perjudica ó no á estos, véase Bart. en la l. 1. al fin D. *de interd. et releg.* el cual está por la afirmativa, véase tambien Bald. en la l. 8. §. 1. D. *de in jus vocando.* Sobre el caso en que es menor el que vende, véase Bald. en la l. 2. C. *si advers. vend. pig.*

(195) Si son dos ó mas los dueños directos y lo fueren *pro indiviso*, el enfitéuta debe solicitar el consentimiento de todos, Juan Andr. en las adic. al *Specul.* tít. *de locat.* §. *nunc aliqua*, vers. 72, sobre la parte *fisci*, y Jas. en d. l. últ. vers. 12 *quœro*, col. 153 de todo el tratado. ¿Y si uno solo de los dueños directos quiere usar de tanteo? Véanse Alber. en la l. 13. princ. D. *de jurejur.* y Jas. en el lug. cit. y en la l. 14. D. *de verb. oblig.*; si se conforma en quedarse con la cosa entera pagando todo el precio, será atendido, arg. l. 12. §. 13. D. *de captiv.* Si se tiene en enfiteusis un predio dotal, bastará requerir al marido, segun la l. 5. §. 3. D. *quod vi aut clam*, junto con la glos. 1., esto es, con las limitaciones que pone Bart. en d. lug.; y así opina Jas. en d. l. últ. quest. 17. col. 155 de todo el tratado. El enfitéuta del enfitéuta debe solicitar el consentimiento del dueño directo, Azon en la suma C. *de jur. emphit.*, la Glos. en d. l. últ. y Bald. en la l. *si permittente, C. ad Maced.*

(196) En d. l. últ., de la cual esta se ha tomado, se dice, *quantum prœtium ab alio revera accipi potest:* así que, si el enfitéuta falta á la verdad en punto al precio que se le ha ofrecido, consiguiendo por este medio que el dueño directo no quiera usar del tanteo, caerá en la pena de comiso, como lo advierten Salic. en d. l. últ. y el *Specul.* tít. *de locato*, §. *nunc aliqua,* vers. 92., v. Jas. en d. l. últ., 6. y 7. notab.

(197) Si no constase el consentimiento espreso del dueño directo, pero sí que este, durante algunos años, ha recibido la pension del comprador del enfitéuta, ¿se presumirá haber consentido en la enagenacion? Véase Alex. el cual está por la afirmativa, consil. 113. vol. 4. Nótese que no es menester que el dueño directo dé permiso para vender, bastando que manifieste no querer comprar, segun el *Specul.* en d. §. *nunc aliqua*, vers. 100 *quœro:* lo mismo se deduce de esta ley, aun cuando el dueño directo diga no querer la cosa para sí, no habiendo entónces necesidad de diferir la venta; si bien el *Specul.* vers. 101, opina lo contrario; empero Juan And. en la adic. en d. lug. fundado en d. cap. *potuit*, sostiene la opinion que hemos emitido, la que reputa verdadera Jas. en d. l. últ. 8. notab. col. 120 de todo el tratado. ¿Y qué dirémos si habiendo el enfitéuta obtenido el permiso del dueño, difiere por un año ó mas la enagenacion? Distíngase con Juan Andr. en la adic. al *Specul.* d. vers. 101, al cual sigue Jas. lug. cit. Supóngase que despues de haber vendido el enfitéuta con la autorizacion del dueño directo, recupera la cosa por haber rescindido el contrato en virtud de la l. 2. C. *de rescind. vend.* y de la l. 56. tít. 5. de esta Part.; ó que vuelva la misma á su poder en virtud del pacto de retro ¿será menester el consentimiento del dueño para esta devolucion del dominio? Véase Bald. novel. tratado *de dote*, fol. 41, col. 1. el cual decide negativamente, y allí mismo decide tambien que el consentimiento del dueño para que la cosa enfitéutica

fasta dos meses (199), que le non dixesse si lo quiere fazer, o non; dende adelante, puedela vender a quien quisiere: e non le puede embargar, aquel que gela dio a censo, que lo non faga. Pero deuela vender a tal ome, de quien pueda el señor auer el censo, tan ligero (200) como del mismo (201). Otrosi dezimos, que este que tiene la cosa a censo, que la puede empeñar (202) a tal ome como sobredicho es, sin sabiduria del señor. E estonce, quando la enagena, tenudo es el señor de la cosa, de rescebir en ella a aquel a quien la vende, e de otorgargela, faziendole ende carta de nueuo. E por tal otorgamiento, o renouamiento del pleyto, non le deue tomar (203) mas de la cinquentena parte, de aquello por que fue vendida; o de la estimacion que podria valer, si la diesse. Mas a otras personas, de que non podiesse auer tan ligeramente el censo, non la

se dé en dote, es bastante para autorizar la restitucion de ella á la muger cuando el matrimonio se disuelva; porque el que quiere el antecedente, quiere la consecuencia, l. 77. D. *de adquir. hœred.* y l. 15. C. *de fideicommis.* Adviértase que Bald. novel. nada alega que apoye su decision relativa al caso en que se rescinde la venta por lesiva, ó en virtud del pacto de retro; decision que parece inadmisible cuando menos en el supuesto de dicho pacto, segun lo anotado por Alber. en la l. 58. *D. de pactis*, y Jas. allí col. últ.: es en efecto la retroventa una segunda venta, por razon de la cual el dueño directo cobra laudemio: no hay entónces mera resolucion del contrato, sino que se rescinde este para dar lugar á que se verifique otro: con todo, procediera la decision de Bald. novel., si al dueño directo se le hizo sabedor del pacto de retro ó de otra suerte tuvo noticia de él, al tiempo de pedírsele el permiso para la venta; porque en tal caso el permiso que dió para la venta se estiende á la retroventa; viene en apoyo de esto lo que dice Bald. en la l. últ. §. 2. C. *comm. de legat.* vers. *quœrithic Dynus.* Ahora si la venta se rescinde por causa de lesion, procederá la decision de Bald. novel., porque en tal caso no hay segunda venta, sino una mera rescision de la primera, segun queda manifestado mas arriba. ¿Qué se dirá si el dueño directo da su consentimiento para la venta que está ya celebrada, creyéndola hacedera? Este consentimiento nó libra de la pena de comiso al enfitéuta, segun Paul. de Castro en la l. 6. §. 5. D. *de injust. rupt.*: empero, si el dueño fué sabedor de la venta, se entenderá, segun el cit. D. haber renunciado á dicha pena, arg. l. 7. D. *de leg. commis.* y l. 2. princ. D. *si quis caution.*, añád. Alex. consil. 146. col. 2. vol. 5. Nótese tambien, que no se entiende haber renunciado al dominio directo el que da permiso al enfitéuta para vender: v. Bald. *prœlud. feud.* col. pen., y cap. 3. §. *prœtera, quib. mod. feud. amit.*

(198) Así pues, cuando el dueño espresa no querer usar del tanteo, no hay necesidad de aguardar que transcurran los dos meses, como se ve en este lugar y en d. cap. *potuit.*; véanse Abb. y Juan de Imol. en él.

(199) ¿Pasados los dos meses podrá el dueño directo purgar la mora? Así lo dice Juan Andr. adic. al *Specul.* §. *nunc aliqua*, vers. 101.: véase Jas. en d. l. últ. col. 120 de todo el tratado.

(200) Nótense estas palabras, pues que lo mismo decian Imol. en d. cap. *potuit*, col. 8., y Jas. en d. l. últ. col. 143 de todo el tratado.

(201) Véase mas abajo.

(202) Aprueba la opinion de la Glos. en la l. últ. C. *de jur. emphit.* sobre las palabras *aliis vendere*; y nótese que esta ley requiere que la hipoteca se constituya á favor de persona no privilegiada; lo que no espresan las l. l. 16. §. últ. D. *de pig. act.* y 31. D. *de pignor.*, ni los DD. lo declaran. Por lo que mira á si el enfitéuta puede ceder á otro en enfiteusis la misma cosa, sin el consentimiento del dueño, véase Jas. en d. l. últ. col. 148 de todo el tratado, donde cita el *Specul.* y otros que sostienen la negativa: sin embargo, esceptuarémos el caso en que el enfitéuta se limitara á ceder las mejoras, reservándose el dominio útil, segun Bald. en d. l. últ., fundado en la l. 8. §. últ. D. *de peric. et comm. rei vend.*, v. Jas. en d. l. últ. col. 116 de todo el tratado. ¿Y podrán las mejoras cederse por distintos enfitéutas? Así opina Bart. en la l. 8. §. 15. D. *de transact.* y en la l. 122. §. 6. D. *de verb. oblig.* y con él Juan de Plat. en la l. 1. C. *de impon. lucrat. descript.* y en la l. 2. C. *de execut. et exact.*; otros opinan lo contrario, como lo advierte Jas. al cual véase en d. l. últ. col. 150., y el mismo en las col. 143. y 126. de todo el tratado, se ocupa de si puede ó no darse en dote la cosa enfitéutica, ya sea á la hija, ya á una estraña.

(203) ¿Pero quien debe pagar esta quincuagésima parte? vna pequeña glosa sobre la palabra *accipere* en d. l. últ. dice que se satisfará por el nuevo enfitéuta, y así opina Jas. en d. lug. 15. notab.

(204) El derecho comun no es tan esplícito en este punto. Sin embargo el *Specul* en d. §. *nunc aliqua*, vers. 116 dice que los habitantes de provincia tienen por costumbre pactar en estos contratos, que no se enajene á favor de iglesia, clérigo ó militar, y que parece son incapaces en este punto la iglesia, los nobles (*capitanei*), los militares y demás personas, á las que fácilmente no puede reconvenirseles, arg. l. 2. D. *qui sa tisd. cog.*: empero, Inoc., Juan Andr. y el Host

puede vender, ni empeñar, assi como a orden (204), a otro ome mas poderoso que el; que estonce non valdria, e perderia (205) porende el derecho que auia en ella.

en d. cap. *potuit.*, dicen, que en el derecho comun no se espresa que personas sean prohibidas sino es que se arguya de las ll. 30 y 31. c. *de locat.* Por esta ley de Part. parece que lo serán las iglesias, los monasterios, los clérigos y frailes, los militares y aquellas personas notablemente poderosas ó muy pobres, de las cuales verosímilmente no podria cobrarse el canon: parece que lo mismo deberá decirse de las mugeres, atendido que no pueden ser encarceladas por deudas, auth. *sed hodie*, C. *de offic. divers. judic.* y l. 62 de Toro; véase tambien á Jas. en d. l. últ. col. 142, 143 y 144 de todo el tratado.

(205) Parece que esta ley limita la pena de comiso al caso que el enfitéuta enagena á favor de persona prohibida; sin embargo, la misma pena tendrá lugar, cuando verifica la enagenacion sin requerir al dueño por si quiere usar del tanteo, aunque la persona no sea de dicha clase, como dije al principio de esta ley; y si bien ella no es bastante esplícita en este punto, puede interpretarse por el cap. *potuit, 4 de locat.* y por d. l. últ. al fin.

—* *Apéndice sobre los censos.*

Dejando á parte el enfitéutico, el cual queda espuesto ya cumplidamente, podemos dividir los censos en consignativos y reservativos. Referimos á la primera clase el derecho de percibir una pension sobre cosa que ya pertenecia al que se sujetó al pago de la misma; y será reservativo is la pension queda consignada sobre cosa que se transmite con la condicion de soportar dicho gravámen el adquirente y los que en lo sucesivo vengan á poseer la cosa censida.

Censo consignativo.— Este será perpetuo ó redimible, segun que se haya ó no otorgado al deudor la facultad de redimirlo. Son personas hábiles para adquirirlo y para imponerlo sobre sus bienes, cuantas tienen libre la administracion de sus cosas. —El precio con que se obtiene el censo de que se trata puede ser cierta cantidad de dinero de presente, puede ser dinero que resulte entregado mediante la ficcion *brevis manus*, y puede ser tambien otra cosa cualquiera: así resulta, aunque indirectamente, de no espresarse en nuestras leyes que el precio del censo consignativo deba consistir en dinero; así como de declararse no recibido el *Motu propio* de S. Pio 5º. sobre que los censos se sienten é impongan con dineros de presente, l. 7. tít. 15. lib. 10. Nov. Recop. — La pension debe estipularse en dinero, tanto si el censo es perpetuo, como si fuere redimible, ll. 3 y 5 tít. cit.: sin embargo, es de notar que la l. 9. tít. cit., respeta la costumbre, allí donde la hubiere, de ajustar la pension en granos ó frutos.—En cuanto á la proporcion entre el precio y la pension ó censo, hállase de antiguo fijada por nuestras leyes. En 1534 se estableció que no se percibiera un millar de pension por menos de catorce mil de precio: mas adelante se tasó el precio á razon de veinte mil el millar, y por último á treinta y tres y un tercio por uno de pension, es decir á ciento por tres, ll. 3 y 5 junto con la nota 2. y ll. 8 y 9. tít. cit. El precio del censo consignativo irredimible se cree no tasado por nuestras leyes: verdad es que ninguna disposicion contienen que pueda decirse general en la materia, pero las hay, que aun cuando sean algo concretas manifiestan bastante cual haya sido la intencion de aquellas en este punto. En efecto, en la l. 12. tít. cit., cuyo epígrafe es, *Reglas generales para el pago del laudemio de los censos perpetuos en las ventas y fábricas de casas de Madrid*, se lee la siguiente disposicion, al parecer jeneral: «8º. se prohibe que en lo sucesivo se pueda constituir censo perpetuo que no sea con doble capital que el redimible»: ademas en la l. 19, la que tiene por objeto la rendicion del censo de poblacion de Granada, se dice: «8º. El capital que corresponde al censo de poblacion, como perpetuo, es á razon de sesenta y seis y dos tercios al millar»: al paso que á renglon seguido se previene que si hubiese algun censo que sea redimible, se estime su capital á razon de treinta y tres y un tercio el millar. Por fin, en el nº. 6 de la ley 22. que contiene el reglamento para la redencion de los censos por medio de vales reales, se establece que en la redencion de los censos al quitar se proceda por su respectivo importe, y por el doble de él en los censos perpetuos.— El censo ha de imponerse sobre cosa raiz, segun la opinion general de los autores, opinion que se halla apoyada, aunque indirectamente, por varias leyes, y en particular por las 1 y 2 tít. cit., las que teniendo por objeto disposiciones generales, parten del supuesto que el censo se ha constituido sobre heredad, casa ó posesion, es decir, sobre bienes inmuebles. Sin embargo, la l. 9. al fin, tít. cit., supone, sin reprobarlos, la existencia de censos personales y mistos: quizás en la corona de Aragon, á la cual dicha ley se refiere, las necesidades del comercio ú otras causas poderosas habrian hecho prevalecer la costumbre, contra el espíritu de las leyes mismas, y á pesar del derecho canónico.— Se estinguen los censos consignativos; 1º. por las siguientes causas generales que producen la estencion de los demás derechos, á saber, la *remision*, la *confusion*, la *novacion* y la *prescripcion*.— 2º. Por medio de la redencion; advirtiéndose que los censos que pesan sobre propios y arbitrios de lo

pueblos pueden redimirse por mitad, si no esceden de cien mil reales, y por terceras partes si pasan de dicha cantidad, l. 16. tít. cit.. Bajo el reinado de D. Cárlos IV, por real decreto de 6 de noviembre de 1799, se autorizó de un modo absoluto la redencion por medio de vales reales, l. 21. tít. cit.: en 1804 el mismo monarca declaró que era libre dar dinero á censo redimible con los pactos que las partes ajustaren, así en punto á los plazos en que hubiese de hacerse la redencion del capital, como por lo que mira á la especie de moneda en que este debiese satisfacerse y sus intereses, no escediendo del diez por ciento, l. 23. tít. cit.: empero, en 1805, por real cédula que es la l. 24. tít. cit., se autorizó la redencion de los censos pepetuos y al quitar, así como de las cargas enfitéuticas, por medio de vales, aun cuando en la escritura se hubiese estipulado que la redencion se debiese hacer en fincas ú otros efectos, ó en metálico con designacion de monedas; si bien añade la ley, como circunstancia precisa, que el valor que los vales tengan al dia de la entrega, quepa en el del capital que deba consignarse para la redencion, cap. 18 de la cit. l. — 3°. Se estingue tambien el censo consignativo por perecer la cosa sobre la cual se impuso: si esta opinion, que es la general, es cierta, tendremos que el censo consignativo deberá considerarse como una especie de servidumbre, y no á manera de obligacion con hipoteca. Si se trata de una casa y esta se ha reedificado por el deudor, disputan los autores si renacerá ó no el censo: aun cuando prescindieramos de que la naturaleza del mismo tiene mucha afinidad, como acabamos de indicar, con la de las servidumbres personales, las que en semejante caso no reviven, y además supusieramos que los argumentos se contrabalancean, deberia escogerse la negativa, por ser lo mas conforme á los principios generales de justicia y al restablecimiento de los edificios, y por ser la mas adecuada al espíritu de nuestras leyes, en cuanto tienden á impedir que la constitucion de censo se convierta en usura paliada. 4°. Se estingue por fin el censo de que tratamos, mediante la dimision de la finca sobre la cual pesa: tal es la opinion comun, la que se halla indirectamente apoyada por la l. 8. cit., con aquellas palabras; *y que muchos acreedores censualistas reconociendo su mayor beneficio en conservar su deudor en la cultura y administracion de sus bienes; que en admitir la voluntaria dimision de las hipotecas, han minorado los réditos de los censos, asegurando su paga con la moderacion.* — Llevamos dicho que el censo consignativo se estingue por medio de la prescripcion. En esta materia pueden suceder dos casos; 1°. que el deudor censualista sea quien la alegue por haber seguido poseyéndo la cosa como libre del gravámen del censo; 2°, que la prescripcion se alegue por un tercero por haber entrado á poseer la cosa con buena fe y justo título: en el primer caso ninguna razon legal puede aducir en su favor el acreedor censualista, si el deudor ha cesado por treinta años consecutivos en el pago de la pension: en el segundo caso con diez ó veinte años de posesion pacífica de parte del tercero hay todos los requisitos de la prescripcion ordinaria, y de consiguiente ese tercero poseedor se habrá hecho dueño absoluto. Hay mas, á favor de estas decisiones concurre la necesidad de evitar infinitos litigios que de otra suerte se originaran á cada paso.

Censo reservativo. Llevamos dicho al principio en que consiste este censo y en que se distingue del consignativo. Su precio está en la cosa cuyo dominio directo y útil se traspasan. La pension deberá por punto general estipularse en dinero de la misma manera que en el censo consignativo, á no ser que la costumbre autorizase lo contrario, l. 9, al fin, tít. cit.; y deberá guardarse igual proporcion del tres por ciento entre la pension y el precio, es decir que por cada ciento de capita no podrá exigirse mas que tres de pension, pero si menor cantidad, l. cit.; empero, no puede desconocerse que la aplicacion de la ley no carece de dificultad en los censos de que se trata, atendido que el precio consiste en cosa raiz, y que á toda cosa se le suponen en el derecha tres valores, que son ínfimo, medio y superior.— Por lo que mira á la estincion no hallamos diferencia entre el censo consignativo y reservativo, de lo que es fácil convencerse atendiendo á los testos legales que hemos citado y á las razones que se han aducido al ocuparnos de los varios modos por los cuales el primero se estingue.

Vitalicio. Consiste en el derecho que á uno compete de exigir cierta pension durante su vida, sin que finida esta deba restituirse el capital por el deudor. Este censo deberá colocarse en la clase de los consignativos visto que la ley prohibe que se constituya de otra suerte que por medio de dinero, l. 6, tít. 15, cit. lib. 10, Nov. Recop. Sin embargo, bien examinada esta ley, se presenta como probable que su intencion haya sido prohibir tan solo que el vitalicio se consignara mediante precio que no sea dinero, mas no impedir que se transmitiera una finca fructífera con el gravámen de vitalicio.— En cuanto á la pension parece indisputable que deberá fijarse en dinero; pues que la l. 9. tít. cit. despues de haber prescrito que la pension se estipule en dinero en los censos consignativos, amplia la disposicion en términos que no deja dudar que su intencion fué comprender toda suerte de censos. La proporcion entre el precio y la pension se fijó en 1583 á razon de siete mil el millar, cuando se hubiesen otorgado por una sola vida, y á ocho

TITULO IX.

DE LOS NAUIOS E DEL PECIO DELLOS.

Nauios de muchas maneras alogan los mercaderes, para leuar sus mercadurias de vn lugar a otro: e porque a las vegadas por tormenta de mar, o por otra ocasion se quebrantan (1); o se pierden; e despues nasce contienda entre los mercaderos, e los maestros, e los marineros, en razon del pecio. E porende, pues que en el Titulo ante deste fablamos apartadamente, de los logueros, e de los arrendamientos; queremos aqui dezir, de los nauios, que despues que son alogados peligran sobre mar. E mostraremos, que cosas son tenudos de guardar, e de fazer los maestros de los nauios, e los marineros, a los mercaderes que fian en ellos. E despues diremos, como se deue compartir el daño entre ellos todos, quando acaesciesse, que las cosas de algunos dellos echaren en el mar, por razon de tormenta. E sobre todo fablaremos del vaziamiento de los nauios. E del pecio dellos. E de todas las cosas, que a alguna destas razones pertenescen.

LEY 1. *Que cosas son tenudos de guardar, e de fazer los maestros de las naues, e los marineros, a los mercaderos, e a los otros que se fian en ellos.*

Naucheros (2), e maestros, e patrones, son llamados los mayorales omes por cuyo mandado se han de guiar los nauios. E a estos pertenesce señaladamente, de catar (3), ante que los nauios entren sobre mar, si son calefeteados, e bien adobados, e bien guardados, e bien guarnidos con todos aparejamientos, que les son menester, assi como de velas, e de masteles, e de cuerdas, e de entenas, e de ancoras, e de remos, e de todas las otras cosas que pertenecen en los nauios, segun que conuiene, e ha menester cada vno dellos. E avn demas desto, deuen leuar consigo tales omes, que sean sabidores, para ayudarles a guiar, e endereçar, e a gouernar los nauios. De manera, que si non gelo embargare tempestad, o tormenta de la mar, que puedan yr endereçadamente, a aquellos puertos, o lugares, que han voluntad de yr. E que por culpa de los que han de gouernar los nauios, non cayan en peligro los mercaderos, nin los otros omes que los logaren, de perderse ellos, nin sus cosas. Otrosi dezimos, que deuen leuar consigo un Escriuano, que sepa bien escreuir, e leer: e este atal deue escreuir en vn quaderno, todas las cosas que cada vno touiere, e metiere en los nauios, quantas son, e de que natura. E este quaderno (4) atal ha tan gran fuerça, sobre todas las cosas que son escritas en el, que deue ser creydo tambien como carta que fuesse fecha de mano de Escriuano publico. Otrosi tenudos son, de bastecer los nauios

mil el millar, si por dos vidas, prohibiéndose que en adelante se constituyeran por mas de una vida, l. 6 cit. Pero en 1608 por pragmática que es la l. 12. tít. 15. lib. 5 de la Nueva Recop., ley incompletamente estractada en la nota 2. del tít. 15. lib. 10. Nov. Recop., se aumentó el precio de los vitalicios, esto es, hasta diez mil maravedises el millar, cuando fuesen por una sola vida, y á doce mil el millar, cuando por dos. —En los modos de estinguirse tampoco observamos diferencia entre este censo y el consignativo; si se esceptua que el vitalicio, como llevamos dicho, desaparece falleciendo el censualista.

Disposicion general á todos los censos. Los que los impongan sobre sus bienes, tienen obligacion de manifestar si alguno gravita en ellos, así como los tributos que sobre los mismos pesaren; y no cumpliendo con semejante manifestacion deberán devolver la cantidad que recibieron, junto con el dos tanto, l. 2. tít. 15. lib. 10. de la Nov. Recop.

(1) Preguntan algunos si en el acto del naufragio es lícito al mas diestro el arrebatar una tabla de la cual otro se apoderó. San Ambrosio en el lib. 3. *officiorum*, cap. 4. contesta del modo siguiente: *Mihi quidem, et si præstabilius communi videatur usui sapientem de naufragio, quam insipientem evadere; tamen non videtur quod vir christianus, et justus, et sapiens quærere sibi vitam aliena morte debeat, ut pote qui, etiamsi in latronem armatum incidat, ferientem referire non possit, ne dum salutem defendit, pietatem contaminet.* — * Nos abstendremos de adicionar este título, tanto porque las adiciones deberian esceder forzosamente los límites que nos hemos trazado; como porque, existiendo el código de comercio, ha de ser sumamente raro el que se recurra en esta materia á las Partidas en calidad de derecho supletorio.

(2) Llámanse vulgarmente pilotos; y en latin *magistri navium*, l. 13. §. 2. D. *locat.* y l. 13. tít. 1. de esta Part.: acerca de las circunstancias que en ellos deben concurrir, y sus facultades, véase la l. 5. tít. 24. Part. 2.

(3) Deberá, pues, la nave hallarse en buen estado; v. l. 13. §. 1. D. *locat.* y l. últ. §. 1. D. *ad leg. Rhod. de jact.*

(4) Adviértase que esta es la única ley que atribuye autoridad á ese escribano de la nave; así pues, carecerá de fuerza lo que actuare fuera de los puntos que la misma indica. A los es-

de armas, e de bizcocho (5), e de todas las otras cosas, que ouieren menester para su vianda, e de agua dulce, ellos, e sus marineros. E deuen apercebir a los mercaderos, e a los otros omes, que ouieren de leuar en los nauios, que fagan esso mismo; de manera, que lieuen agua, e vianda, la que les fuere menester. E avn armas (6), aquellos que las pudieran leuar, o auer, para ampararse de los cursarios, e de los otros enemigos, si menester fuere.

LEY 2. *Como las conueniencias que fazen los Mercaderos con los Mayorales, deuen ser guardadas: e que poderio han estos Mayorales, sobre los otros omes que van con ellos.*

Conueniencias, e posturas, ponen los maestros, e los señores de los nauios, con los mercaderos, e con los otros omes que han de leuar en ellos. E quando lo fizieren, dezimos que son tenudos, de las guardar en todas cosas, tambien los vnos, como los otros. E maguer, despues que fuessen entrados en los nauios, e movidos de los puertos, acaesciesse que alguno de los que fuessen y, fiziesse yerro, porque meresciesse muerte, o otra pena en el cuerpo, o en el auer; el maestro, nin el señor de la naue, non le deuen judgar a muerte, nin a perdimiento de miembro, nin de ninguna cosa del su auer: mas puedenlo (7) prender (8), o recabdar, de manera, que non pueda a otro fazer otro daño ninguno, nin mal: e quando llegaren al puerto, do deuieren descargar, deuenlo presentar al Judgador, que y ouiere de judgar (9), e mostrarle el yerro que fizo. E estonce el Judgador deue oyr al recabdado, e a los que querellaren del: e oydas las razones de ambas las partes, lo que pudiere ser prouado sobre aquel yerro sobre que le recabdaron, deuele judgar a la pena que entendiere que meresce; o darlo por quito, si entendiere que es sin culpa. Pero los maestros, o los señores de los nauios,

cribanos de las naves que pasan á las Indias del Océano se les conceden mas amplias facultades en virtud de las Ordenanzas reales, las que poco ha recopilé: en las mismas se previene, que si en la nave que hace dicho viaje va un escribano real, á él corresponde ejercer las funciones de escribano, y que no habiéndolo, se nombre al efecto uno de los que se hallan en la nave que sea idóneo.

(5) Acerca de esta especie de pan, véase tambien la l. 9. tít. 24. Part. 2.

(6) Luego deberán pertrechar la nave con bombardas y otras especies de máquinas de guerra, bastantes para la seguridad de la misma y en cuanto lo permita su capacidad; por mas que el rey deba defenderlos de corsarios y piratas, como dije en la l. últ. tít. 20. Part. 2.: pues que interesa al estado el que cada cual procure la conservacion de sus cosas, l. 2. D. *de his qui sui vel alien.*, Inst. §. últ. tít. cit. l. 2. tít. 1. Part. 2. y Bald. en la l. 2. C. *si quid in fraud. patron.* col. últ. vers. *sed pone pater.*

(7) ¿Estarán obligados á hacerlo? Parece que no, segun la l. 40. D. *de judic.* y Paul. de Castr. en ella. Sin embargo, la opinion contraria parece mas segura, porque la ley atribuye jurisdiccion en este punto al naviero y al maestre de la nave, y á mas de que la palabra *pueden* supone obligacion, como lo nota Bald. sobre una cuestion semejante, en la l. 29. D. *de lib. et posthum.* y allí mismo Juan de Imol., y Ang. Aret. en su tratado *maleficiorum*, en la parte *hæc est quædam inquisitio*, col. pen.: corrobora lo mismo lo que se lee mas abajo en esta ley, *deuenlo presentar*, pues que esta palabra deuen supone de órdinario precision, segun la Glos. en el cap. *proposuit*, *de appellat.* y en la Clement. *attendentes, de statu regul.* y Bald. en la l. 1. C. *quomodo et quando judex*, col. 3.

(8) Tenemos, pues, que quien no es juez competente para imponer pena, puede ser competente para prender, segun esta ley, la Nov. 15. cap. 6. §. 1. y la l. 2. princ. D. *de re milit.* y lo notan los DD. en la l. 12. D. *de jurisdic.* Hay mas, cualquiera puede prender al que encuentra en fragante delito; tiene para esto especial mandato de la ley, l. 54. C. *de Episcop. et cleric.*, l. 25. D. *ad Leg. Jul. de adult.*, nótalo Bald. en la l. últ. C. *de exhib. reis*, y lo espresa la l. 8. tít. 14. lib. 2. del Orden. Real.: véase tambien Ang. de Aret. en su tratado *maleficiorum*, en la parte *fama publica*, col. 12. y 14. No importa que sea clérigo el que delinque en la nave, segun Inoc. en el cap. *ut famæ*, *de sentent. excommun.*, Bart. en la l. 7. D. *de furt.* y latamente Abb. en el cap. *cum non ab homine*, *de judic.* col. 2. y 3.

(9) Así pues, aunque del delito cometido á bordo de un buque pueda conocer el juez del territorio adyacente, segun la l. 1. C. *de clas.* y Bart. en ella, y la l. 15. D. *de public.*; no es el único competente; sino que puede tambien conocer de dicho delito el juez del lugar de la descarga, á tenor de esta ley, la que parece venir en apoyo de Lúcas de Penna en d. l. 1. donde dice, que el delincuente del cual se trata debe ser juzgado por el juez ó señor de lugar inmediato adyacente, cuando en él se halla, ó que de otra suerte está bajo el poder de dicho juez ó señor, y que de lo contrario no podrá reclamarlo; alega el §. 22. Inst. *de rer. divis.* y l. 9. D.

bien pueden castigar (10) con feridas de açotes a sus marineros, e a sus seruientes, por yerros que fizieren; guardando todavia, que los non maten, nin los lisien.

LEY 3. *Como se deue compartir el daño de las mercadurias, que echan en el mar por razon de tormenta.*

Peligros grandes acaescen a las vegadas, a los que andan sobre mar; de manera, que por la tormenta del mal tiempo que sienten, e por miedo que han de peligrar, e de se perder, han a echar en la mar muchas cosas, de aquellas que tienen en los nauios, porque se aliuien, e puedan estorcer de muerte: e porque tal echamiento como este, se faze por pro comunalmente (11) de todos los que estan en los nauios; tenemos por bien, e mandamos, que todos los mercadores, e los otros que algo (12) traxeren en el nauio, que ouieren a fazer tal echamiento, ayuden a pechar, lo que fuere echado en la mar por tal razon como esta, a aquellos cuyo era; pagando en ello todavia cada vno tanta parte, segun valiere mas, o menos, aquello que les finco en el nauio, e que non fue echado en la mar. E maguer alguno y traxesse piedras preciosas (13), o oro, o otro tanto auer monedado, o otra cosa qualquier, deue pagar por ello, segund que montare, o valiere; e non se puede escusar, por dezir que era cosa que pesaua poco: ca en tal sazon como esta, non deuen ser las cosas asmadas, nin apreciadas, segund las pesaduras, e la liuiandad dellas, mas segund la quantya que valieren. E porque no tan solamente estuercen las mercaderias, e las cosas que fincan en los nauios, por razon de tal echamiento como este que diximos; mas aun estuercen por ende los nauios, porque si aliuiados non fuessen, podria acaescer que se perderian. E porende tenemos por bien, e mandamos, que los señores de las naues (14) sean tenudos de apreciar la naue, o el otro nauio, de que fizieron el echamiento; e apreciadas las mercaderias, e las otras cosas, que fincaron en el nauio segund diximos, deuen todos de so vno, compartir entre si la perdida del echamiento, e pagar cada vno la parte que le cupiere, a aquellos que lo deuian auer; dando otrosi, cada vno dellos (15), tanta

de judic., lo que dice, es un argumento contra los Venecianos, quienes indebidamente se han arrogado semejante privilegio en el mar Adriático. Pero, ¿deberemos entender esta ley de cualquier juez aunque sea estranjero, ó bien concretarla al caso en que la descarga se verifica en puerto español? Parece que deberá tomarse en el primer sentido, pues que habla en general, cap. *si romanorum*, 19. dist. y l. 8. D. *de Publician.* Pero ¿cómo puede ser competente el juez del lugar de la descarga, cuando el delito no se ha cometido en su territorio, ni el reo es súbdito suyo por razon del domicilio, ni á causa del orígen? Puede contestarse que ha delinquido en territorio comun á todos los paises; tal es el mar, Inst. princ. *de rer divis.* y l. 10. tít. 28. Part. 3.; á mas de que así lo exige el interés público, porque de otra suerte el delito quedaria impune, cap. *ut famæ* 35. *de sent. excom.* y l. 51. D. *ad leg. Aquil.* Téngase presente esta ley de partida, pues que no recuerdo haber hallado disposicion semejante en el derecho comun, y véase sobre lo dicho á Bart. en el tratado *de insula*, en la parte *nullius*, al principio.

(10) Añád. l. 11. §. 1. D. *de pœnis*, la Glos. en d. l. y en el cap. *sicut alterius*, 39. q. 1. glos. 7., Juan Fabr. en el §. 2. Inst. *de his qui sui vel alien. jur.*, cap. *duo ista nomina* 35. 23. q. 4., Abb. en el cap. *cum contingat, de foro compet.* col. 5. y l. 5. §. últ. y l. 6. D. *ad Leg. Falcid.*

(11) Nótese que cuando alguno esperimenta daño para el comun provecho, debe contribuirse por todos, segun esta ley y la l. 1. D. *ad Leg. Rhod. de jact.* y con este principio Alber. en d. l., siguiendo á otros, arguye en las cuestiones de pozo y horno comunes, en la de casa que se derriba para evitar que un incendio se propague, y en la del que perdió el caballo resistiendo á los enemigos que invadian la ciudad, sobre estas cuestiones véanse Juan Andr. adic. al Specul. tít. de *injuriis et de damno dato*, Bart. en la l. 7. §. 4. D. *quod vi aut clam*, cuyo testo es bastante acomodado al caso, Juan de Plat. en la rubr. C. *de naufr.*, Bald. en la l. 16. C. *mandat.* y Ang. Aret. en su tratado *maleficiorum*, en la parte *incendiario* col. 3.; véase tambien Paulo de Castr. en d. l. 1. arguyendo por el mismo principio con respecto del depositario de géneros de varios comerciantes, que á fin de salvar el total puso de manifiesto algunos y los dió, consiguiendo por este medio su objeto; véase al mismo consil. 220. vol. 1.

(12) Aunque no sean mercancías, segun esta ley y la l. 2. §. 2. D. *ad Leg. Rhod. de jact.*

(13) Añád. d. §. 2.

(14) Añád. d. §. 2.

(15) Añád. l. 2. §. 4. y l. 4. §. 2. D. tít. cit. Alber. en d. l. siguiendo á Jacobo de Aret. al ocuparse del caso en que el comun de algun pueblo debe resarcir, en virtud de estatuto el daño causado á cualquier vecino, infiere que este deberá tambien contribuir por su parte al

parte, segund que montare aquello que era suyo, que se perdio por el echamiento : e si acaesciesse, que algund mercader ouiesse y sieruos, tenudo seria de los apreciar, e de pagar por cada vno dellos, tambien como por las otras cosas, que en el nauio le fincassen. Pero si ouiesse y omes libres, que non traxessen en el nauio al, si non sus cuerpos, quantos quier que sean, non deuen pagar ninguna cosa, (*a*) en perdida del echamiento, por razon de sus personas : porque el ome libre non puede (16), nin deue ser apreciado, como las otras cosas.

LEY 4. *Como los Mercaderos deuen compartir entre si el daño del mastel, quando lo cortan por estorcer de la tormenta.*

Leuantandose viento fuerte, que fiziesse tormenta en la mar, de manera que los guardadores de las naues temiessen de peligrar ; e con entencion de estorcer, cortassen el mastel della, o derribassen a sabiendas el entena, con la vela, e cayesse en la mar, e se perdiesse ; tal perdida como esta, tenudos serian los mercadores, e los otros que fuessen en la naue, de la compartir entre si ; e de la pechar todos de so vno al señor de la naue ; bien assi como diximos en (*b*) la ley ante desta, que deuen pechar, lo que echan en la mar con entencion de aliuiar la naue. Mas si acaesciesse, que el mastel, o el entena, o la vela non mandassen cortar, nin le derribasse a sabiendas el maestro de la naue ; mas lo quebrantasse el viento de la mar, o rayo que cayesse del Cielo (17), o se perdiesse por alguna otra cosa semejante destas, que auiniesse por ocasion ; estonce los mercaderos, nin los otros que fuessen en la naue, non serian tenudos de pechar en ello ninguna cosa, maguer sus cosas fincassen en saluo, que se non perdiessen. Ca pues que ellos dan loguero de la naue, la perdida que desta manera auiniesse, al señor della pertenesce, e non a los otros.

LEY 5. *Por quales razones non son tenudos los Mercadores, de compartir entre si el daño de la naue, quando se quebrantase en peña, o en tierra ; e por quales non se podrian escusar.*

Corriendo algund nauio por la mar con tormenta, de manera que por ocasion firiesse en peña, o en tierra ; si se quebrantasse, o se enarenasse, maguer los mercadores sacassen sus cosas en saluo, non serian tenudos (18) de pechar la naue. Mas si acaesciesse (19) que ante que peligrasse la naue, assi como sobredicho es, los mercadores, con miedo que ouiessen de se perder ellos, e a sus cosas, mandassen al señor de la naue, que la dexassen correr contra la tierra, a ventura de lo que Dios quisiesse fazer ; diciendo (20) que si acaesciesse que la naue se quebrantasse, que ellos querian auer su parte en el peligro ; e que le ayudarian a cobrarla, si estorciessen, e les fincasse, de lo que tirassen della, con que le pudiessen fazer ; estonce el señor de la naue la dexasse y correr por ruego, o por mandado dellos, e se quebrantasse, deuenla apreciar quanto podria valer, e contar lo que tiro

(*a*) en la Acad.

(*b*) en las leyes Acad.

echarse al efecto la correspondiente derrama ; hace al caso la l. 104. §. 3. D. *de leg.* 1. ¿Y si el vecino que esperimentó el daño hubiese litigado con el comun para la reparacion, deberá por su parte contribuir cuando se haga el reparto para los gastos de la causa? Alber. en d. lug. siguiendo al mismo Jacob. de Aret. afirma que nó, fundado en la l. 17. D. *de tutel. et rat. distrah.* y en la l. 7. C. *de testib.* ; lo que debe tenerse presente para el caso que uno litigue con el comun acerca de su generosidad ó nobleza : añád. Bald. en la l. 2. D. *ad Leg. Rhod. de jact.* al principio de la lectura antigua.

(16) L. 12 de este tít. ; añád. l. 3. D. *si quadrup. paup. fec. dic.* y l. últ. D. *de his qui dejec. vel. effud.*

(17) La Glos. en la l. 5. D. *ad Leg. Rhod. de jact.* habla de tres especies de rayos. S. Isidoro en el libro 13 de las Etimologias dice, *tria sunt nomina fulminis ; fulgur scilicet quia tangit., seu frangit ; fulgor, quia incendit, et urit, fulmen, quia findit, et ideo* dice, *ternis radiis pinguntur.*

(18) Añád. l. 5. princ. D. *ad Leg. Rhod. de jact.*

(19) Este caso queda perfectamente espuesto y lo mismo se colige de la l. 2. §. 2. vers. *sed si voluntate vectorum*, D. *ad Leg. Rhod. de jact.*

(20) ¿Qué diremos cuando simplemente dijeren al maestre de la nave que la dejase correr en direccion á la playa? Parece que quedarán obligados en los mismos términos qué en el caso de la ley : así opina Paulo de Cast. en d. l. 2. §. 2., donde dice : *Nota cautelam, quod quando mercatores vident tempestatem, si non dubitent periclitari, non debent magistro dicere, quid habeat agere ; quia si dicunt, quod faciat tale quid, puta, quod navem exarmet, vel quid aliud ; quod sibi resaltat damnum, poterit ab illis repetere tamquam*

della cada vno dellos, de aquello que era suyo; e el señor della, e todos los otros deuen compartir entre si la perdida, pechando cada uno dellos, mas, o menos, segund la cuantia que della saco, o cobro cada vno: e los que non sacassen nada, non deuen pechar ninguna cosa; e si todo se perdiesse (21) non ha el señor de la naue demanda contra los mercadores por esta razon.

LEY 6. *Como se deue compartir el daño del echamiento, maguer despues se quebrantasse el nauio por ocasion.*

Tempestad (22) auiendo algunos que andouiessen sobre mar, de guisa, que temiendose de peligro, ouiessen a echar en la mar algunas cosas, de las que troxiessen en la naue, por aliuiarla; si despues desto acaesciesse, que se quebrantasse la naue por ocasion, firiendo en peña, o en tierra, o de otra guisa, de manera que lo que troxiessen en ella, cayesse en la mar; si de las cosas (23) que en aquel lugar cayessen, pudiessen algunas cosas cobrar (24), los señores dellas tenudos son, de ayudar a cobrar a los otros, la perdida que fizieren por razon del echamiento, que fué fecho a pro de todos comunalmente; apreciando las cosas que sacaron, e las de los otros que fueren echadas; e catando lo vno e lo otro, deuen compartir entre si la perdida de so vno. Pero si aquellos que echaron sus cosas en la mar por aliuiar la naue, assi como de suso es dicho, cobrassen despues alguna de aquellas cosas que ouiessen echadas, non serian tenudos de dar parte dellas a los otros sobredichos, que perdiessen las sus cosas (25) por razon de peligro que auino por ocasion.

LEY 7. *Como las cosas que son falladas en la ribera de la mar, que sean de pecios de nauios, o de echamiento, deuen ser tornadas a sus dueños.*

Miedo de muerte mueue a los mercaderos, e a los otros omes, a echar sus mercaderias en la mar, quando han tormenta, con entencion de aliuiar las naues, porque puedan estorcer de peligro: e porende tenemos por bien, e mandamos, que todas las cosas que assi fuessen echadas, que quien quier que las falle, que sea tenudo de las

fecerit de ipsorum voluntate, vel mandato.

(21) Es esta accion de las que se llaman *in rem scriptæ*, pues que tan solo deben contribuir los efectos que se salvaren, Paulo de Cast. en la l. 4. D. *ad Leg. Rhod. de jact.* Adviértase que esto tiene lugar cuando no precedió mandato de los cargadores: entónces si nada salvan, no puede precisárseles á contribuir, como se espresa al principio de esta ley. Empero, si precedió mandato deberá cada cargador contribuir aunque hubiese perdido sus mercancías; y si bien esta ley establece lo contrario, proviene esto de que en el caso que propone se habia espresado que resarciria cada uno el daño á proporcion de lo que salvase: así pues, cuando esta circunstancia falte, los cargadores, contribuirán, aunque nada hayan salvado, como dije en la glos. anterior.

(22) Concuerda con la l. 4. §. *sed si navis*, D. *ad Leg. Rhod. de jact.* y véase lo que digo en la ley siguiente.

(23) Luego, *á sensu contrario* si nada ha podido salvar, no deberá contribuir, esta accion es análoga á las que se llaman *in rem scriptæ*, como dije en la ley anterior; porque, debiendo contribuirse á proporcion de lo que se ha salvado, no habrá que reclamar al que todo lo perdió, l. 31. D. *locat.* y l. 25. §. 5. vers. *et ideo* D. *de noxal.*

(24) Esto manifiesta que no debe contribuirse al momento de la echazon, sino despues que la nave ha llegado al puerto de su destino; y esta es la opinion de Alber. en la l. 4. §. últ. D. *ad Leg. Rhod. de jact.*, col últ. siguiendo á Jacob. de Ravena; porque antes de llegar la nave á dicho puerto, puede venir el caso de otra echazon, ó el de naufragio, ó de averiarse el cargamento, mayormente si la nave debe pasar por lugares peligrosos; arg. l. 39. D. *de solut.*: esceptúase el caso en que el dueño de los géneros echados al mar quiere salirse al momento de la nave. ¿Qué dirémos si despues de haberse echado al mar todas las mercancias de uno de los cargadores, fuese menester echar otras á causa de otra tempestad? deberá contribuir aquel por causa de la segunda echazon? Así lo afirma Alber. en d. lug. siguiendo á Jacob. de Aret.; porque á causa de la contribucion hacedera se considera como que tuviera aun las mercancias en la nave, arg. l. 73. §. 1. D. *ad Leg. Falcid.* y l. 16. D. *de jure patron.*

(25) Pero si estos salvasen sus efectos y se les sujetase á contribucion por causa de las mercancías echadas, y posteriormente se recuperasen algunas de dichas mercancías, ¿tendrán accion para que se les restituya una parte proporcional de lo que pagaron á título de contribucion? Así parece, debiendo considerarse como no echadas las cosas que se recuperaron, como se infiere de esta ley y arg. l. 4. §. 1. D. *ad Leg. Rhod. de jact.* y en ella Paul. de Castr.; á mas de que, de otra suerte fuera mejor la con-

dar a aquellos cuyas fueren (26), o a sus herederos. Esso mismo dezimos que deue ser guardado, si acaesciere, que la naue se quebrantasse (27) por tormenta, o de otra manera; que todo quanto pudiere ser fallado della, o de las cosas que eran en ella, (c) o quier que lo fallassen, que deue ser de aquellos que lo perdieron: e defendemos, que ningun ome non gelo pueda embargar, que lo non hayan; maguer ouiesse priuilejo, o costumbre vsada, que tales cosas como estas, que aportassen a algund puerto suyo, o que fuessen falladas cerca de algund Castillo, o en ribera de la mar, que deuen ser suyas; nin por otra razon que ser pueda: ca non tenemos por derecho, que las cosas que los omes pierden, por ocasion de tal malandança, que las pueda ninguno tomar, por costumbre, nin por priuilegio (28) que aya; fueras ende, si tales cosas fuessen de los enemigos (29) del Rey, ó del Reyno: ca estonce, quien quier que las falle, deuen ser suyas.

LEY 8. *Como se deue compartir la perdida de las mercaderias que meten en los barcos, para vaziar, e aliuiar los nauios en la entrada de los puertos.*

Acostados seyendo los nauios a las entradas de los puertos, o de los rios; si se temieren los maestros dellos, que son muy cargados, e las entradas son secas, e angostas; e por esta razon, vaziassen algunas mercaderias de la naue, e las metiessen en barcos, o en otros nauios pequeños, porque pudiessen yr mas sin peligro; dezimos, que si acaesciesse, que se perdiessen aquellas cosas que metiessen en el barco, porque se quebrantasse, o por otra ocasion, que deuen compartir la perdida entre todos los mercaderos, a quien fincaron sus cosas en saluo (30) en la naue; bien assi como diximos en las leyes ante desta, que lo deuen fazer de las cosas que echan en la mar a sabiendas, con entencion de aliuiar, e de estorcer de la tormenta. Pero si despues desso, se quebrantasse la naue, e se perdiessen las cosas que viniessen en ella; e fincassen en saluo las otras cosas, que fuessen metidas en el barco con entencion de aliuiar la naue, assi como sobredicho es; aquellos cuyas fuessen las cosas que fincassen en saluo, non son tenudos de dar ninguna cosa dellas, a los otros a quien se perdieron sus cosas en la naue: porque la perdida les auino por ocasion, e non por otra razon ninguna, que fuesse por pro de todos comunalmente.

LEY 9. *Como los Mayorales de la naue son tenudos de pechar a los Mercaderos, los daños que les auinieren por culpa dellos.*

(*d*) El perescer de los nauios auiene a las vegadas, por culpa (31) de los maestros, e de los gouernadores dellos. E esto podria acaescer, quando començassen andar sobre mar, en tal sazon, que non fuesse tiempo de nauegar (32). E el tiempo que non es para esto, es desde el onzeno

(*c*) do quier Acad.

(*d*) El pecio Acad. El peligro Esc. 1.

dicion de aquel cuyos efectos habian sido echados al mar, faltando así la igualdad á que se dirigen todas las leyes de este título y del tít. D. *ad Leg. Rhod. de jact.*; y hace al caso la l. 44. D. de *acquir. rer. dom.* y la l. 10. §. 6. D. *de in rem verso.*

(26) Añád. l.l. 8 y 9. D. *ad Leg. Rhod. de jactu,* l. últ. 1. respons. D. *de incend. ruin. naufr.* y l. 1. C. *de naufr.*

(27) Añád. auth. *navigia*, C. *de furtis*, l. 7. D. *de incend. ruin. naufr.*, l. 21. §. 1. D. *de acquir. posses.* y allí Alexan. y l. 3. tít. 12. lib. 6. del Ordenam Real.

(28) Esta espresion falta en la cit. auth. C. *de furtis*, la que hace mencion únicamente de la costumbre; y á la verdad, semejante privilejio no debe subsistir porque se halla en oposicion con el derecho natural, segun la l. 31. tít. 18. Part. 3. y lo que allí dije. Y nótese que los señores deben ser solícitos en custodiar sus respectivas playas, así que ven amenazar una tempestad, segun d. l. 7. D. *de incend. ruina, naufrag.*, y Andr. de Iser. *de statut. et consuetut. contr. libert. Eccless.* en las palabras *et si res.*

(29) Lo mismo deberá decirse si fueren de piratas, á tenor de d. auth. *navigia, C. de furtis.*

(30) Esto es, á consecuencia de haberse alijerado la nave trasbordando las mercancias á la lancha. ¿Qué dirémos si además de la lancha con las mercancías pereció la nave, y despues se salvaron algunos de los efectos que quedaron en la última? ¿deberán estos efectos salvados contribuir por razon de los que perecieron en la lancha? Paul. de Castr. en la l. 4., princ. D. ad leg. *Rhod. de jactu*, dice que no, fundado en que el trasbordo de las mercancías á la lancha no produjo el efecto de salvar las que quedaron en la nave. Y no obsta, segun él, el §. 1. de d. l., ni la l. 6. de este tít., porque en el caso de estas leyes la nave se salvó, si bien algun tiempo despues y en lugar distinto vino á naufragar.

(31) Véase Azon en la suma C. *de naufrag.* vers. *illud prætereundum*, etc.

(32) Por aquí arguye Ang. en la l. 36. §. 1. D.

dia del mes de Nouiembre, fasta diez dias andados de Março. E esto es, porque en estos temporales son las noches grandes, e los vientos muy fuertes, e anda la mar tornada por la fortaleza del Inuierno: e acaescen en esta sazon muy grandes tormentas, e muy grandes peligros, a los que andan nauegando. E porende qualquier maestro, o gouernador de naue, que nauegasse en este tiempo sobredicho, contra la voluntad de los mercaderos, o de los otros omes que leuassen sus cosas en el; si acaesciesse que se quebrantasse el nauio, auria muy gran culpa, e seria tenudo de les pechar todo el daño, e el menoscabo que rescibiessen, por razon de pecio. Esso mismo dezimos que seria, si el gouernador del nauio sopiesse, que auia de passar por lugar peligrosso de enemigos, o de otra manera de peligro, e non apercibiesse (33) ende a los mercaderos. Otro tal seria, si acomendasse la naue a tales omes que la gouernassen, que non fuessen sabires (34) de lo fazer. Ca el daño que rescibiessen por qualquier destas razones sobredichas, tenudo seria de lo pechar.

LEY 10. *Que pena merescen los Marineros, que fazen quebrantar las naues a sabiendas, por cobdicia de auer las cosas que van en ellas.*

Engaño, e falsedad muy grande fazen a las vegadas, algunos de los que han de guiar (35), e de gouernar los nauios; de manera, que quando sienten que traen muy grand riqueza aquellos que lleuan en ellos, guiandolos a sabiendas por lugares peligrosos, porque se peresciessen los nauios, e puedan auer ocasion de furtar, o de robar algo, de aquello que traen. E porende dezimos, que qualquier dellos, a quien fuesse prouado que auia fecho tan grand maldad como esta, que muera por ello. E el Judgador, ante quien fuesse esto aueriguado, deue fazer entregar de los daños, e los menoscabos, a los que los rescibieron, de los bienes deste atal, que fizo esta maldad. E tenemos por bien que sean creydos por su jura (36), sobre los daños e los menoscabos; tassandolos primeramente el Judgador, segun su aluedrio.

LEY 11. *De los Pescadores que fazen señales de fuego de noche, por fazer quebrantar los nauios.*

Pescadores, e otros omes de aquellos que vsan a pescar, e a ser cerca la ribera de la mar, fazen señales de fuego de noche engañosamente (37) en logares peligrosos, a los que andan nauegando, e cuydan que es el puerto alli; o las fazen con entencion de los engañar (38), que vengan a la lumbre o lieran los nauios en peña, o en lugar peligroso, e se quebranten, porque puedan furtar, e robar algo de lo que traen: e porque tenemos que

de rei. vind. contra los arrieros que emprenden el viaje en tiempo de copiosas lluvias: entónces, dice, si se pierden las cargas al pasar un rio que ha crecido mas de lo regular á causa de la lluvia, el arriero responderá de ellas; así como si los efectos se echan á perder por lo escesivo de la lluvia, por ejemplo, si fuesen libros ó papeles.

(33) Será pues culpable el maestre de la nave que no advierta á los cargadores cualquier riesgo que deba correrse en el viaje: téngase presente esta disposicion, pues que no recuerdo haber visto ninguna parecida en el derecho romano: es pues culpable por lo general el dejar de advertir un riesgo; hace al caso la l. 15. D. de *peric. et conmmod. rei vend.*

(34) Añád. l. 13. §. 2. D. *locat.* y l. 13. tít. 1. de esta Part.

(35) No debe parecer estraño que se les imponga la pena de muerte, pues que se reputan reos de traicion, segun lo nota Bart. en la l. 11. §. 2. D. *de pœnis*, y lo que dice Agel. en la l. 6. C. *de delator.* en las adiciones á Bart. sobre el desterrado que mata á su compañero de destierro, el cual se dice obrar á traicion; y á tenor del Psalm. 40. vers. 10. *Etenim homo pacis meæ, in quo speravi, qui edebat panes meos, magnificavit super me supplantationem;* y el Psalm. 54. vers. 14. *Tu vero homo unanimis, dux meus, et notus meus, qui simul mecum dulces capiebas cibos*, etc. Será igualmente culpable el que quita el timon de la nave, ó le causa cualquier daño que acarree el naufrajio de la tripulacion; en efecto, deberá imponérsele la pena de la ley cornelia *de siccariis*, segun la. l. 3. §. últ. D. *de incend. ruin. naufr.* y allí Angel.

(36) Añád. l. 9. C. *nude vi* y allí Jason fol. pen. col. 8. vers. *quæro successive.* Y nótese que esta ley de Partida estiende al daño de que se trata la disposicion de la cit. l. 9., aprobando con esto la opinion de la Glos. 1. en el cap. últ. *de his quæ vi, metusve causa fiunt.*

(37) De esta palabra se infiere que si no se procedió con dolo, y sí para comodidad de los navegantes, el hecho sera lícito: así opina Azon en la suma C. *de naufr.* al fin, y lo dice Juan de Platea respecto de la ciudad de Génova en la l. pen. C. tít. cit.

(38) Ang. en la l. 10. D. *de incend. ruin. naufr.* de la cual se tomó esta de Partidas, arguye de semejante disposicion contra los que maliciosa-

estos atales fazen muy grand mal; si acaesciesse que el nauio se quebrantase por tal engaño como este, e pudiere ser prouado tal engaño, e quales fueron los que lo fizieron; mandamos, que todo quanto furtaron, o robaron, de los bienes que en el nauio venian, que lo pechen quatro doblado (39), si les fuere demandado por juyzio; e si fasta vn año non demandassen, dende adelante peche otro tanto (40), quanto fue lo que tomaron: e si por auentura acaesciesse, que ellos non lo robassen, mas que se perdiesse; deuenles pechar todo quanto perdieron, e menoscabaron por esta razon. E aun demas desto mandamos, que el Judgador del lugar, ante quien fuere esto prouado, les faga escarmiento en los cuerpos (41), segun entendiere que merescen, por la maldad, e el engaño que fizieron.

LEY 12. *Como se deue compartir el daño que reciben, los que van en los nauios, de los cursarios.*

Cursarios (*e*) robadores, que auduuiessen sobre mar, prendiendo algun nauio, con los omes, e las cosas que y fuessen en el; si despues se pleyteassen, de manera que les dexan yr a ellos, e su nauio, e a sus cosas; aquello que diessen por tal razon como esta, todos de so vno lo deuen compartir (42) entre si, pagando en ello cada vno tanta parte, quanto era lo que traya, segun que valia mas o menos. Ca si alguno non traxesse y al, si non su cuerpo, deue pagar por esso alguna cosa, segun fuere guisado (43): ca non faze poca ganancia, quien estuerce con el cuerpo de poder de los enemigos. Mas si por auentura acaesciesse, que se non apoderassen de todo el nauio, nin lo prisiessen, mas que robassen algunas cosas del, e non todas, lo que assi robassen, pierdese a aquellos cuyo era, e non pueden, nin deuen demandar ninguna cosa por esta razon a los otros, a quien fincassen sus cosas en el nauio.

LEY 13. *Por quales razones pueden cobrar los mercadores las cosas que les ouiessen tomado los cursarios, si fuessen despues fallados; e por quales non.*

Roban, e prenden los cursarios (44) a las vegadas, los nauios de los mercaderos, e las cosas que traen en ellos; e ante que salgan de la mar, nin lleguen con ellos a lugar en que lo pongan en saluo (45), fallanse con otros Christianos, que gelo tuellen. E porque podria acaescer contienda, entre aquellos a quien robaron los enemigos, e estos que gelo tollieron a postremas, cuyo deue ser; queremos mostrar en esta ley, en que manera se deue librar tal contienda como esta. E dezimos, que si los mercaderos yuan, o venian a tierra de Christianos, e trayan y vianda, o otra cosa qual

(*e*) ó robadores Acad.

mente guian mal al que anda descaminado.

(39) Igual pena se impone al que roba algo de los restos de un naufragio, l. 1. princ. D. *de incen. ruin. naufr.*: en este cuádruplo viene comprendido el valor de la cosa, l. 5. §. 1. D. *de publican.* y allí Bart. Pero ¿cómo deberá entenderse la l. 3. §. últ. al fin. tít cit., la que dice que se aplicará otro cuádruplo al fisco? Dígase con Azon en la suma C. *de naufr.* que la accion que se da á la parte no pasa del cuádruplo; si bien la que compete al fisco puede esceder de dicha suma, segun d. §.últ. y lo que digo en la glosa 41.

(40) Así que, pasado el año, únicamente será responsable de la estimacion del daño causado, segun la cit. l. 1. y esta de Part.

(41) Añád. l. 4. D. *de incend. ruin. naufr.* y l. pen. C. *de naufrag.* Parece deducirse de esta ley que no puede imponerse pena pecuniaria con aplicacion al fisco, ni en el cuadruplo, ni por el mero valor de la cosa: lo que puede fundarse en el caso de que se trata, en el dolo de los que encendieron luces ó fogatas al efecto de descarriar á los navegantes, á causa de cuyo dolo habrá querido la ley que sea siempre corporal la pena no aplicadera á la parte perjudicada. Empero, cuando sin preceder semejante acto doloso, se hubiese robado algo de un buque que ha naufragado, podrá el juez imponer una pena pecuniaria con aplicacion al fisco, atendiendo á la condicion de las personas y á las circunstancias del hecho, arg. ll. 4. y pen. cits. ¿Qué dirémos si se robó á un navegante sin mediar la desgracia del naufragio? véase la l. 3. C. *de navicul.* y allí Juan de Plat.

(42) Concuerda con la l. 2. §. 3. D. *ad leg. Rhod. de jactu.*

(43) No contribuirán todos con igualdad, por lo que mira á la persona, sino cada uno con proporcion á sus riquezas; esto es, de la misma manera que contribuyen los efectos cargados en la nave, l. 2. §. 2. D. *ad Leg. Rhod. de jact.* y l. 3. de este tít.

(44) Entiéndase de los que son enemigos, como lo declaran Alber. y Salic. en la l. 2. C. *de captiv.* y en la l. 28. D. tít. cit., y v. Bald. en la auth. *navigia*, C. *de furt.*; mas no de los ladrones, l. 21. §. últ. D. tít. cit.

(45) Acerca de cuando se entienda que lo han

quier; que tambien los nauios, como los omes, e todas las cosas que trayan, deuen ser tornadas en poder de los primeros señores, a que las tollieron, e las robaron los enemigos. E esto mandamos, porque de las mercadurias que traen los mercaderos, se aprouecha la tierra dellas comunalmente. Mas si acaesciesse, que los mercaderes lleuassen las mercadurias (46) a tierra de los enemigos, con quien non ouiessemos tregua, sin nuestro mandado, e cautiuassen, e tornassen, assi como dicho es; quien quier que los robasse, o los tolliesse despues, a los enemigos, deue ser todo suyo. Fueras ende las personas de los Christianos, que deuen fincar libres (47), e quitas. Esto mismo dezimos que deue ser guardado, en los nauios pequeños que los omes traen sobre mar, non con mercadurias, mas en que andan folgando (48), e trebejando; que quien quier que los quite a los enemigos, que los auian cautiuado, que deuen ser suyos. Ca los que en tiempo de guerra andan por mar, e non en razon de mercaduria, nin de su prouecho, nin en cosa para guerrear (49) los enemigos, mas locamente sin pro de su tierra; el daño que viniere, deuenlo suffrir, pues que les viene por su culpa.

LEY 14. *Como los Judgadores que son puestos en la ribera de la mar, deuen librar llanamente los pleitos que acaescieren entre los Mercaderes.*

En los puertos, e en los otros lugares que son ribera de la mar, suelen ser puestos Judgadores, ante quien vienen los de los nauios en pleyto, sobre el pecio dellos, e sobre las cosas que echan en la mar, o sobre otra cosa qualquier (50); e porende, dezimos, que estos Judgadores atales deuen a guardar, que los oyan, e los libren llanamente, sin libelo (51), e lo mejor, e mas ayna que pudieren, e sin escatima ninguna, e sin alongamiento, de manera que non pierdan sus cosas, nin su viaje, por tardacion, nin por alongamiento, punando en saber la verdad en las cosas dubdosas, que acaescieren ante ellos en los pleitos, con los maestros, o con los señores de la naue, o con los otros omes buenos, que se acertaren y, porque mas ciertamente, e mejor puedan saber la verdad. Otrosi deuen catar el quaderno de la naue, el qual deue ser creydo, sobre las cosas que fallaren escritas en el, assi como diximos en la primera ley deste Titulo. E quando esto todo ouiere catado, en la manera que es sobredicho, deue librar las contiendas, e dar su juyzio, en la manera que entendiere que lo deue fazer.

TITULO X.

DE LAS COMPAÑIAS QUE FAZEN LOS MERCADEROS, E LOS OTROS OMES ENTRE SI, PARA PODER GANAR ALGO, MAS DE LIGERO, AYUNTANDO SU AUER EN UNO.

Compañia fazen los mercaderos, e los otros omes entre si, para poder ganar algo, mas de ligero, ayuntando su auer en vno: e porque acaesce a las vegadas, que en la compañia son algunos recebidos por compañeros, porque son sabidores, e entendidos, de comprar, e de vender, maguer non ayan riquezas con que lo fagan; e otro si otros que las han, son menguados de la sabiduria deste menester; e aun y a otros que maguer han las riquezas, e la sabiduria, non se quieren trabajar dellas por si mismos: e porende, pues que en los Titulos ante deste fablamos de los logueros, e de los nauios, e del pecio dellos; queremos aqui dezir de las compañias, que ponen los omes entre si, en alguna de las maneras que de suso diximos. E mostraremos, que cosa es compañia. E a que tiene pro. E como deue ser fecha. E quien la puede fazer, e sobre que

puesto en salvo, véase la l. 26. tít. 26. Part. 2. y lo que en ella dije.

(46) Añád. l. 31. tít. 26. Part. 2. y l. 4. tít. 21. Part. 4. y lo que allí dije.

(47) Esceptúese el caso en que hubiesen llevado armas ú otras cosas prohibidas, á los enemigos de la fe, pues entónces se hacen esclavos del que les coge, segun el cap. *ita quorundam* 6. *de Judœis* y la cit. l. 4. tít. 21. Part. 4.

(48) Añád. l. 2. D. *de capt. et. postl. revers.*

(49) Segun costumbre de la guerra tendrá lugar el derecho de postliminio respecto de las naves, aun cuando despues de apresadas las llevasen los enemigos á lugar seguro; segun Salic. en d. l. 2. C. *de captivis*, col. 1. y 2, donde establece lo mismo respecto de los carros y caballerías que sirven para llevar las armas, en punto á las bombardas, ballestas y toda suerte de máquinas de guerra, á los bueyes y demás ganado que se emplea para su conduccion, así como respecto de los víveres que se llevan para el ejército.

(50) Por ejemplo, sobre los fletes, sobre los salarios de la gente de mar y otros puntos análogos.

(51) Añád. l. pen. C. *de naufr.* y allí Bart., Juan de Plat. y Lúcas de Penn.; esto es peculiar de las causas sobre naufragio: véase la Clement. *sæpe* 2. *de verb. signif.*

cosas. E quantas maneras son della. E quales pleytos que ponen sobre ella, son valederos, o non. E porque razones se acaba. E como se deue partir entre los compañeros la ganancia que fizieren, o la perdida que les auiniesse por razon de la compañia.

LEY 1. *Que cosa es compañia, e a que tiene pro, e como deue ser fecha, e quien la puede fazer.*

Compañia (1) es ayuntamiento de dos omes, o de mas, que es fecho con entencion de ganar algo de so vno, ayuntandose los unos con los otros. E nasce ende grand pro, quando se faze entre algunos omes buenos, e leales: ca se acorren los vnos a los otros, bien assi como si fuessen hermanos. E fazese la compañia con consentimiento (2), e con otorgamiento de los que quieren ser compañeros. E puedese fazer fasta tiempo cierto (3), o por toda su vida de los compañeros. Pero si algunos fiziessen compañia entre si, tambien por ellos, como por sus herederos; valdria quanto en su vida dellos, mas non passaria a sus herederos (4); fueras ende, si la compañia fuesse fecha sobre arrendamiento de algunas cosas del Rey (5), o del Comun de algun Concejo. E todo ome, que non sea desmemoriado, nin menor de catorze años (6), puede fazer compañia con otros. Pero si el menor de veynte e cinco años entendiere que se le sigue daño de la compañia, o que le fizieron entrar en ella engañosamente, puede pedir al juez del lugar, que lo saque della, e que le faga tornar en el estado en que era de ante, sin su daño; e el juez deuelo fazer.

(1) Se nos describe aquí la sociedad, siguiendo á Azon en la suma C. de este título, donde dice, que la sociedad es una convencion de dos ó mas que se proponen mayor lucro ó un uso mas ventajoso; cuya definicion, dice, no hallarse en las leyes, pero sí en Marco Tulio. Adviértase que propiamente hablando, bajo el nombre de sociedad viene tan solo la que se origina de convencion, como de la que se trata: así que, aun cuando se diga existir sociedad entre dos vecinos, como en la l. 4. D. de *his qui dejec. vel effud.*, con todo en materia odiosa, como que á las palabras no se les da entónces interpretacion lata, bajo el nombre de socio no viene el que únicamente lo es con motivo de la vecindad, l. 3. §. 6. D. de *neg. gest.*; y así dice haberlo decidido en un caso particular Abb. en el cap. *inter dilectos*, col. últ. *de fid. instrum.* La sociedad incidental que se contrae á causa de la comunion, segun la l. 25. §. 16. D. *fam. ercisc.* y la l. 31. D. *pro socio* y allí la Glos., tampoco lo es en rigor, como lo nota la Glos. en el §. 3. en la palabra *societate* y en la palabra *ejus*, Instit. de *oblig. quæ quasi ex contr. nasc.*, y Alex. consil. 40. *prospectis verbis statuti*, vol. 2. al fin.

(2) Añád. l. 19. D. *pro socio*, y Instit. princ. de *oblig. ex cons.*

(3) Y nótese, que contraida la sociedad para cierto tiempo, así como no es lícito al socio disminuir el capital que puso, tampoco podrá detraer el lucro, porque adquiere el carácter de capital: Bart. en la l. 2. C. *de fruct. urb. Constant.* Y fundado en ella así lo decide, pero no sin vacilar; Juan de Platea manifiesta igual opinion y decididamente.

(4) Añád. l. 59. D. *pro socio*, donde se da por razon que la sociedad no puede contraerse con persona incierta: si se espresare la persona del heredero tendríamos que los contrayentes quedaban obligados respecto de este, lo que de derecho es imposible, l. 61. D. *de verb. oblig.*, y véanse sobre la materia las ll. 35. 40. y 65. §. 11. D. *pro socio*. ¿Qué dirémos del contrato que tiene por objeto apacentar ganado á la parte? Baldo dice que pasa al heredero: véase al mismo en la l. 1. col. 3. C. *de fruct. et lit. expens.* el cual lo considera como sociedad como en la l. 52. § 2. D. *pro socio.*

(5) Añád. ll. 59. y 63. §. 8. D. *pro socio*, y entiéndase esto cual la Glos. y Bald. en d. l. 59., donde Alber. infiere que la muger no sucede á los arrendamientos de las rentas públicas.

(6) Con el pupilo, pues, no puede contraerse sociedad, ni espresa, l. 33. D. *pro socio*, ni tácitamente, l. 14. D. *locat.*, y lo notan Bart. y Bald. en la l. 4. C. *commun. utriusq. jud.* col. pen. y Bart. en la l. 47. §. 6. col. 2. D. *de administr. tut.* y Ang. concil. 60.: entiéndase en el supuesto que el pupilo no tenga tutor, pues que si lo tuviere, podria con él contraerse la sociedad, ya espresa, segun d. l. 33. D. *pro socio*, ya tácita, como lo afirma Bald en d. l. 4. col. últ.: esceptúese el caso en que el tutor fuese hermano del pupilo con el cual la sociedad debiese contraerse; pues entónces este hermano tutor no podria, ni tácita, ni espresamente autorizar al pupilo en un hecho propio, l. 1. D. de *auct. tut.* [lo mismo tendrémos aunque el tutor no fuere hermano del pupilo], y lo sienta Pedro de Ubald. de Perusio en su tratado *de societate*, part. 3. col. 2. al principio: sobre lo mismo véase á Socin. consil. 160. vol. 2. col. 5. vers. *sed contra præmisam conclusionem*, y col. 6. Además, se obligará el pupilo si continua en la sociedad el procurador que tenia su padre al tiempo de la muerte, segun Socin. cons. 87. al fin, vol. 1. Nótese tambien que si el pupilo continuó en la sociedad despues de haber llegado á la pubertad, parece ratificar lo obrado durante la edad pupilar, como

LEY 2. *(a) Por que razones se puede fazer compañia.*

Fazer se puede la compañia, sobre las cosas guisadas, e derechas; assi como en comprar, e en vender, e en camiar, e arrendar, e logar, e en las otras cosas semejantes destas, en que pueden los omes ganar derechamente. Mas sobre cosas desaguisadas (7) non la pueden fazer, nin deuen; assi como para furtar, o robar, o matar, o dar a logro; nin fazer otra cosa ninguna semejante destas, que fuesse mala, e desaguisada, e contra buenas costumbres. E la compañia que fuesse fecha sobre tales cosas como estas, non deue valer; nin puede demandar (8) ninguna cosa vno á otro, por razon de tal compañia.

(a) Sobre qué cosas se puede Acad.

LEY 3. *En quantas maneras se puede fazer la compañia.*

Puedese fazer la compañia en dos maneras. La vna manera es, quando la fazen desta guisa; que todas las cosas (9) que han quando fazen la compañia, e las que ganaren (10) dende en adelante, sean communales, e tambien la ganancia, como la perdida, que pertenesca á todos. La otra es, quando la fazen sobre una cosa (11) sañaladamente; como en vender vino, o paño, o otra cosa semejante. E todos los pleytos que pusieren (12) entre si, que sean guisados, e derechos (13), sobre cada vna destas dos maneras de compañia valen, e deuen ser guardados en la guisa que los pusieren. E si sobre las ganancias, e las perdidas, non fuere puesto (14) pleyto, en que manera se deuen compartir entre ellos; estonce deuenlas partir egualmente (15). E si de

lo siente Alex. cons. 49, vol. 1., citando á Bald. tratado de *duobus fratribus*, y el mismo Alex. cons. 37. vol. 4. col. 2.; y la razon está en que puede ratificar lo hecho durante la edad pupilar, cuando resultó en provecho suyo: lo mismo opina Decio, cons. 21. col. 1. vol. 1.

(7) Ni la fe prometida, ni la obligacion alcanzan al crímen, l. 7 §. 3. D. *de pact.*: no valen las sociedades, ni las alianzas que tienen semejante objeto, l. 57. D. *pro socio; delictorum turpis et fœda communio est*, l. 53. D. tít. cit.

(8) Por ejemplo, si pretendiere los gastos que hizo ó el resarcimiento de los quebrantos que sufrió; v. Glos. en la l. 6. sobre la palabra *supplicium*, C. *ad Leg. Jul. de vi publ.*

(9) Luego, para que la sociedad se entienda universal, será menester que así se esprese, además de esta ley lo prueba la l. 3. §. 1. D. *pro socio* y la l. 7. de este tít. de Part.: bastará que se diga que debe comunicarse cuanto se adquiera, por cualquier título que fuere, Glos. en la l. 52. §. 8. sobre la palabra *initium*, D. *pro socio.* Y si la sociedad se contrae tácitamente, esto es por medio de hechos ¿se entenderá universal ó general? Véanse Bart. en d. l. 47. col. últ. D. *de admin. tutor.*, Decio, cons. 66. y Alber. en d. l. 52. §. 6. D. *pro socio.*

(10) Esta cláusula tiende á indicar que en la sociedad universal no vendrian comprendidos los bienes futuros, si no se espresase: nótalo la Glos. en la l. 1. §. 1. D. *pro socio*, y hace al caso la l. 73. D. tít cit.; lo mismo opina Alex. cons. 77. col. 2. vol. 4. Sin embargo, si la sociedad universal se contrajere simplemente, esto es sin hacer mencion de bienes presentes ni futuros, estos tambien deberian comunicarse, l. 74. D. tít. cit.: esta es la opinion de la Glos. en d. l. 1., y de Alberico, siguiendo á Jacob. de Aret. en la l. 3. §. 1. D. tít. cit.

(11) Añád. l. 5. princ. D. *pro socio* y Inst. princ. *de societ.* Y nótese que si de dos ó mas socios el uno está encargado de los negocios de la sociedad en Perusa y el otro en Florencia, se considerán recíprocamente factores el uno del otro, segun Bart. en la l. 41. col. 5. D. *si cert. pet.* y véase lo que él mismo nota en la l. 9. C. tít. cit.

(12) ¿Qué dirémos si no puede distinguirse que especie de sociedad se ha contraido? Se reputará contraida la sociedad que es mas usual en el pais entre los comerciantes, ó los no comerciantes, segun que los contrayentes tengan ó no semejante calidad, Nov. 4. cap. 3. §. 1, l. 31. §§. 20. y últ. D. *de ædil. edict.* y l. últ. C. *de fidejussor.*, y así opina Bald. en la l. 1. col. 2. C. *pro socio.*

(13) No valdria el pacto contrario á la naturaleza de la sociedad, por ejemplo, que el capital de un socio quedara indemne, y el del otro soportara las pérdidas, cap. *per vestras* 7, *de donat. inter vir. et uxor;* y lo sienta Bald. en la l. 1. col. 3. vers. 9. *quæro*, C. *pro socio:* añádase la l. 5. de este título.

(14) Si sobre este punto se pactare, se cumplirá el pacto; por ej., si se conviniere que al socio A corresponderán dos partes del lucro y de la pérdida, y al B la tercera, Inst. §. 1. *de societ.* y l. 29. D. *pro socio.* — * Véase la adicion á la nota 18.

(15) Esto procede cuando hay igualdad entre los capitales y la industria de los socios, segun la l. sig. Empero, mediando desigualdad será menester acudir al arbitrio del juez para que divida ya la ganancia, ya la pérdida con proporcion á los capitales, á no ser que el trabajo de uno de los socios sea mas estimable que el del otro, l. 6. D. *pro socio*, y Ang. en d. §. 1. Inst. *de societ.* siguiendo á la Glos.; y véase mas abajo la l. 5. ¿Qué dirémos si habiendo igualdad en

las ganancias fizieron pleyto, cuanto deue auer cada vno dellos, non faziendo enmiente de las perdidas, entiendese (16), que tanta parte les alcança de las perdidas, quanta deuen auer cada vno de las ganancias. Esso mismo dezimos que seria, si fiziessen pleyto sobre las perdidas, non faciendo enmiente de las ganancias.

LEY 4. *Quales pleytos son valederos, que los compañeros ponen entre si, por razon de la ganancia.*

Los compañeros que se ayuntan para fazer compañia, para ganar, acaesce a las vegadas, que el vno dellos es mas sabidor, que el otro, de aquella arte, o de aquella cosa, de que deuen usar, sobre que fazen la compañia; o se mete a mayor trabajo (17), o se auentura a mayores peligros. E porende, quando fiziessen pleyto entre si, que este atal (18) que fuesse mas sabidor, o se metiesse a mayores trabajos que el otro, que ouiesse otrosi mayor parte en las ganancias; o si fazen pleyto, que si se perdiesse en la compañia, en aquellas cosas que vsan, que non ouiesse parte en la perdida; tales pleytos como estos, o otros semejantes, valen e deuen

los capitales, hay desigualdad en el valor del trabajo, ó bien que uno de los socios pone de su parte el trabajo á mas del capital como el que puso su consocio que no contribuye con trabajo alguno? Véase Salic. en l. 1. C. *pro socio* y en el lugar arriba citado, vers. *quœro septimo*, y á Ang. Aret. en el §. 2. Inst. *de societ.* Adviértase que el lucro que se comunica ó se divide es el que se alcanzó por ocasion de la misma sociedad, l. 60. §. 1. D. *pro socio*; pero no la donacion que se hiciere á uno de los socios por consideracion á su persona, aunque la sociedad fuese la causa remota de la adquisicion, segun Bart. en d. l.; y lo mismo sienta Bald. en la rubr. C. *pro socio* fundándose en la l. cit., donde dice que los socios deben comunicar entre sí las ganancias efectivas que provienen del dinero ó industria que se aportó á la sociedad; pero no debe el socio llevar al acerbo comun, cuando se trata de la sociedad general ó *questuaria*, las ganancias meramente personales. De aquí dimanan las ll. 1. y 2 tít. 2. lib. 3. del Fuero Real y la ley del ordenamiento de Nieva, que es la l. últ. tít. 4. lib. 5. del Ord. Real., las que disponen que la donacion hecha por el rey al marido no se comunica á la muger, y vice versa, al paso que las demás ganancias que hace alguno de los conyuges se comunican al otro; cuyas leyes, Rodrigo Suarez en los coment. á dicha ley 1. limit. 3. las entiende en el supuesto de ser la donacion propiamente tal, y no de la remuneratoria: de lo que infiere que si el marido sigue la corte del rey á espensas de la sociedad conyugal, y recibe de este alguna recompensa de sus servicios, debe ingresar en dicha sociedad; lo que puede verse mas latamente en el lugar citado. Convengo con esta decision por lo que mira á la parte de la donacion equivalente al valor de los servicios; ahora, en cuanto al esceso hay donacion pura y por lo mismo no debe comunicarse, militando la razon en que se fundan las leyes citadas del Fuero y de Nieva; hacen al caso el cap. *ad hœc* 8. y el cap. *relatum* 12. §. *licet, de testam.*, la l. 12. §. últ. D. *de admin. tut.*, la l. 1. §. 1. D. *de tut. et ration. distrah.*, y lo anotado en la l. 13. C. *de collat.* y en la l. 11. tít. 9. lib. 5. del Ordenam. Real. Viene en apoyo de lo mismo el que lo que se adquiere por servir en la corte del rey se reputa peculio castrense, l. 6. tít. 17. Part. 4., pudiendo de ello disponer el agraciado, segun d. l.; y la ley de Nieva, declarando las cits. ll. del Fuero, dispone, que semejantes bienes pertenecen al marido en cuanto á la propiedad, y que únicamente los frutos se comunican; con todo, atendido que la ley de Nieva no habla del supuesto que se hubiesen lucrado á espensas de los dos conyuges, como la cit. l. 2. tít. 3. lib. 3. del Fuero, queda en pié lo que llevo dicho: la citada ley de Nieva no corrige la cit. l. 2., sino que declara la cit. l. 1. y la l. 8. tít. 12. lib. 3. del Fuero Real.—* Véase la adicion á la nota 18.

(16) Concuerda con el §. 3. Inst. *de societ.* *—véase la edicion á la nota 18.

(17) Si uno pone en la sociedad mil maravedis de capital, y el otro su industria, y se pierde la mayor parte de dicho capital ¿el socio industrial deberá continuar prestando los servicios que prometió? Véase Bald. el cual está por la negativa en la l. 1 al fin, vers. *quœro*, C. *pro socio*.—* Véase la adicion á la nota siguiente, y adviértase que no toda esta ley de Part. trae su oríjen de la l. 29. D. *pro socio*; la primera parte está sacada de la l. 30. tít. cit.

(18) Aprueba la opinion de Azon en la suma C. *pro socio* col. 2. y reprueba la de Joan., la que puede verse en la Glos. á la l. 29. sobre la parte *societati D. pro socio*, y al §. 2. *Instit. de societ.*: se admitirá pues la desigualdad en los pactos, cuando uno de los socios contribuye mas que el otro, en trabajo ó industria. ¿Y si los capitales son desiguales valdrá el pacto que establezca la igualdad en el lucro? Bart. en el cons. que empieza *ex facto proponitur, quod Julianus de Certonio*, decidió la afirmativa; y lo mismo opina Phil. de Corne. cons. 266. vol. 3. col. 1. entendiendo la opinion de Azon y de la Glos.

ser guardados, en la manera que fueren puestos. Mas si fazen pleyto, que el vno que ouiesse toda la ganancia, e que non ouiesse parte en la perdida; o toda la perdida fuesse suya, e non ouiesse parte en la ganancia; non valdria el pleyto que desta guisa pusiessen. E tal compañia como esta llaman las leyes leonina (19).

LEY 5. *Quales pleytos non son valederos, que los compañeros ponen entre si.*

Engañosamente se trabajando algun ome, para auer compañia con otro; si la compañia se firmasse por pleyto, desque el otro conosciesse el engaño, non es tenudo de lo guardar. Otrosi dezimos, que quando dos omes fiziessen compañia de so vno, diziendo el vno al otro, que maguer le fiziesse algun engaño en la compañia, que non gelo demandaria; dezimos, que tal pleyto non vale (20), nin deue ser guardado. Ca los pleytos que dan carrera a los omes para fazer engaño, non deuen valer. Otrosi dezimos, que si algunos fiziessen pleyto en su compañia, desta guisa; que cada uno dellos ouiesse tanta parte en la ganancia, o en la perdida, quanta dixesse alguno (21) otro que nombrassen; e aquel que señalassen para esto, fiziesse las partes guisadas, e derechas, deuen estar por su aluedrio. Mas si las fiziere desaguisadas, como si mandasse tomar mayor parte al vno, que al otro, en las ganancias, o en las perdidas, non mostrando alguna derecha razon por que lo mandaua, estonce non valdria el aluedrio; ante dezimos, que deue ser endereçado por aluedrio de omes buenos, que caten, si alguno de ellos meresce mayor parte, por ser mas sabidor, o por lleuar mayor trabajo (22), segund diximos en la ley ante desta. E si fallaren que es assi, deuengela dar, segund entendieren que es guisado; e si non, manden que lo partan egualmente (23).

en la l. cit. del caso en que mediaba la igualdad en los capitales, y se pactó la desigualdad en las partes del lucro, cuyo pacto, segun él, subsiste; lo mismo sienta en el cons. 187. vol. 3. col. 2, y en la l. 8. C *de pactis*. —* En punto á la division de las ganancias y de las pérdidas pueden ocurrir los siguientes casos: 1.° que los socios no hubiesen fijado la parte que deba corresponder á cada uno así de las primeras, como de las segundas: 2.° que la hubiesen marcado y de suerte que la parte que cada uno debiese llevar de las ganancias fuese igual á la que debia corresponderle en las pérdidas: 3.° que se haya marcado respecto de las ganancias ó de las pérdidas solamente: 4.° Que se haya fijado, pero no habiendo igualdad respecto de cada socio entre la parte eventual de ganancia y la de la pérdida: 5.° que lo dejen al arbitrio de un tercero. En el primer caso la porcion correspondiente á cada socio, así en las ganancias como en las pérdidas, será proporcional al capital que puso en la sociedad, l. 3. de este tít.: si la sociedad es mista de capitales é industria, tendrémos lo mismo, debiendo apreciarse el valor de esta. En el segundo caso tendrá efecto lo convenido, aunque las partes no fuesen de todo punto proporcionadas á los capitales respectivos, l. 3. cit. En el tercero el socio soportará la pérdida por la misma parte que debia vindicar de las ganancias y viceversa, l. cit. En el cuarto caso, el pacto se guardará si la desigualdad entre la parte de la ganancia y la de la pérdida queda compensada por medio del valor de la industria que el socio ha prometido ejercer en beneficio de la sociedad, l. 4. tít. cit.; lo que *á sensu contrario* confirma lo que llevamos dicho sobre el segundo caso, á saber que puede la parte que cada uno debe llevar de las ganancias, ser no proporcional al capital que puso, mientras deba soportar igual parte de la pérdida. En el último caso, si el tercero no verifica el señalamiento de las partes con proporcion á lo que cada socio aprontó á la sociedad, su decision será enmendada por hombres buenos, l. 5. tít. cit. Se entiende tambien que los socios se han referido al arbitrio de buen varon, cuando se convino que uno de ellos señalaria á otro la parte que debiese corresponderle en la ganancia y en la pérdida, l. 6. D. *pro socio*.

(19) Segun la fábula de Esopo transcrita por Juan Fab. en el §. 1. Instit. *de societ.* y por Alber. en d. l. 29. § 2. D. *pro socio*.

(20) Añád. l. 1. §. 7. D. *depos*.

(21) Añád. ll. 6. y 76. D. *pro socio*.

(22) Nótese esta ley, por la que se ve bien claramente que al socio mas industrioso y trabajador le corresponde mayor parte en las ganancias; y añád. Bald. en la l. 1. C. *pro socio*, col. 2. vers. 4. *quœro*.

(23) Es decir, con igualdad de proporcion: si por ejemplo, puso un socio dos tercios del capital social, y el otro el tercio restante, al primero corresponderán las dos terceras partes de las ganancias, á fin de que el que corre mayor riesgo perciba mayor emolumento, l. 10. D. *de reg. jur.* y Bald., siguiendo á Nicol. de Matha, en d. l. 1. C. *pro socio*, vers. 4. *quœro*. ¿Qué dirémos si el uno puso capitales y el otro su industria ó trabajo? Las partes serán iguales, d. l. 1. C. *pro socio* y l. 52. §. 2. vers. *si in coeunda*, D. tít. cit., y lo sienta Bald. en d. l. 1. cuest. 1.; véase el §. 3. Instit. *de societ.* y Ludov. Rom. cons. 469. ¿Qué

LEY 6. *Como deuen ser comunales los bienes, e las ganancias entre los compañeros, quando es fecha la compañia sobre todos los bienes, que han estonce, o esperan auer.*

So tal pleyto faziendo la compañia, que todos los bienes que auian los compañeros estonce, e que ganassen dende adelante, se ayuntassen en vno, e fuessen comunales entre ellos; dezimos, que desde el dia en que tal pleyto fuesse firmado, deuen ser comunales (24) entre ellos, las ganancias, e los bienes, que han, o que les vinieren, en qualquier manera que sean; e aunque fuesse

dirémos si el socio industrial, recibe prestados capitales de un tercero y negocia con ellos? los consocios tendrán derecho á las ganancias que el socio industrial alcanzó con semejantes capitales? Esta cuestion que la he visto en la práctica, deberá resolverse en mi opinion, por la negativa, atendido que el socio industrial corria por entero el riesgo del capital que habia hecho suyo recibiéndolo prestado: de esta suerte tendrémos reunidas en la misma persona las contingencias de lucro y de daño, l. 67. §. 1. D. *pro socio*, l. 10. §. 8. D. *mand.* y Bart. en la l. 4. al fin D. *ad trebell.* — * Sobre el punto principal esto es, la distribucion de las ganancias y pérdidas, véase la adicion á la nota 18. En cuanto á la cuestion que luego sucita Greg. Lopez, la tenemos resuelta por el Cod. de Com. para el caso que la sociedad sea mercantil: en efecto, el art. 311, dispone, que las negociaciones hechas por los socios en nombre propio y con sus fondos particulares, no se comunican á la compañía, ni la constituyen en responsabilidad alguna, siendo de la clase de aquellas que los socios pueden hacer por su cuenta particular; y en los arts. sigs. hasta el 317 se determina cuando puede el socio negociar por su cuenta.

(24) Añád. l. 46. tít. 28. Part. 3. junto con lo que allí dije; y nótese que en la sociedad universal no se atiendeá si uno lucra mas que otro, ni á si ha gastado mas este que aquel, sino que todo se divide igualmente, l. 81. D. *pro socio*, y Bald. en la l. 4. col. últ. C. *com. utrius judic.*; y así como son comunes las ganancias entre los socios universales, deben tambien serlo los gastos y cargas de cada socio, l. 52. §§. 4 y 18, y l. 73. D. *pro socio*: de consiguiente la hija de uno de los socios será dotada por la sociedad, siempre que esta fuere universal; y así opinan Bald. en d. l. 4., C. *com. utriusq. jud.*, col. 4. vers. *et prœdicta vera*, limitando la decision del Speculo por lo que el mismo espresa en el tít. *de judiciis*, §. *sequitur*; y en las adiciones á Bart. en el tratado *de duobus fratrib.* vers. *et nota quod de materia* etc., Alex consil. 70. vol. 5. y Decio consil. 68. col. 2, 3 y 4, y consil. 66. en la segunda duda, donde contesta á la l. 81. D. *pro socio*, ley que al parecer obsta; lo mismo decide Socin. consil. 291., donde trata latamente esta materia, cita varios autores que así opinan, y contesta á d. l. 81.; si bien en el consil. 46. col. pen. vol. 1. decide lo contrario, diciendo ser esta decision la mas recibida: al paso que opina de la misma manera que en el cons. 291. en el cons. 4. vol. 4. vers. *quoad secumdum*, donde trata estensamente el punto, y con la particularidad de contestar tambien á d. l. 81. D. *pro socio.* Esta parece en efecto la opinion mas acertada, tanto si se ha contraido sociedad universal con espresas palabras, como si se manifestó el consentimiento por medio de hechos, segun lo anotado por Bart. en la l. 47. §. 6. D. *de admin. tut.* y por Bald. en la l. 4. C. *commun. utrius. judic.*, á pesar de que el último en la auth. *ex testamento*, C. *de collat.* col. pen. vers. 17 *capitulum* opinó que en el segundo caso, esto es, siendo tácito el contrato, no venia á cargo de la sociedad la dote de la hija, fundado en que la sociedad tácita se entiende limitada á las puras ganancias, ll. 7 y 8. D. *pro socio*, y Alex. consil. 153. vol. 2.; á lo que se añade que segun Decio en el cit. consil. 68. col. pen., este punto de la dote de la hija es tan controvertible cuando la sociedad se contrajo tácitamente, que Pedro de Ubaldis en el tratado de la sociedad, part. 6. cuest. 8. dijo, que no podria tacharse de prevaricador al que ora se decidiese por la afirmativa, ora por la negativa: pero Decio concluye que lo mismo tendrá lugar en el contrato tácito que en el espreso, toda vez que el de que tratamos se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, y que el tácito se equipara al espreso; hacè al caso la l. 53 de Toro, á tenor de la cual, la dote prometida por el padre debe pagarse de los bienes comunes adquiridos durante el matrimonio, como carga resultante de la sociedad conyugal; cuya disposicion procede á mi entender, aunque el padre dote á la hija despues de disuelto el matrimonio, puesto que, segun lo dicho, es una carga á que la madre estaba sujeta por la naturaleza de la sociedad, y que de otra parte, esta obligacion no se ha estinguido respecto de la misma madre, segun lo anotado por Bart. en la l. 43. D. *solut matrim.* No puede ocultase que á esto parece se opone d. l. 81. D. *pro socio* al fin, y la 53 de Toro cuando dice *durante el matrimonio*, como si quisiese indicar que si despues de disuelto prometiere el padre la dote, él solo deberá pagarla, y así lo entiende el glosador de la misma Diego del Castillo en dos distintos lugares: que finida la so-

castrense (25), vel quasi castrense peculium. Otrosi dezimos, que cada vno destos compañeros puede vsar destos bienes, e fazer demanda sobre ellos, bien assi como de lo suyo mismo. Pero si alguno de los compañeros ouiesse Señorio, o jurisdicion (26) sobre Castillo, o tierra, o ouiesse a recebir alguna cosa de sus debdores, los otros non lo podrian demandar, nin vsar de la jurisdicion del Señorio; si señaladamente non les fuesse otorgado del otro compañero (27), poder de lo fazer.

LEY 7. *En que manera deuen ser partidas las ganancias, e los menoscabos, que fizieren los compañeros, quando es fecha la compañia sobre cosa señalada.*

Simplemente faziendo algunos omes compañia, diziendo assi: Seamos compañeros; non nombrando, nin señalando, que la fiziessen sobre todas sus cosas, segund diximos en la ley ante desta; estonce se entiende, que deuen partir entre si egualmente todas las cosas que ganaren (28),

ciedad no puede el padre dotar á la hija del fondo de los gananciales, lo sienta Anton. consil. 7. en la duda 1.ª, entendiendo en este sentido la cit. l. 81.: en efecto, como el padre tiene obligacion de dotar de sus bienes á la hija, l. 19. D. *de rit. nupt.*, l. últ. C. *de dot promis.* y l. 8. tít. 11. Part. 4., aun cuando la hija no carezca de bienes, es evidente que si la dota el padre despues de disuelto el matrimonio, deberá hacerlo de sus bienes y no de los de la hija. Esto no obstante insisto en mi primera decision, sosteniendo que ella tendrá lugar aun en el supuesto de constituirse la dote por el padre despues de disuelto el matrimonio. Fúndome en que por el antiguo derecho romano, lo adquirido durante el matrimonio pertenecia al marido, no teniendo la mujer mas propiedad que la dote, l. 51. D. *de don inter vir et uxor.*, y l. 6. C. tít. cit., y la nota Abb. en el cap. 2. *de donat. inter vir. et uxor.*; ahora, como en virtud de las leyes y costumbre de nuestro reino se comunican los gananciales á la muger, es consiguiente que esta comunicacion se verifique con las cargas, l. 10. D. *de reg. jur.*, entre las cuales se cuenta la obligacion de dotar á las hijas comunes: de otra parte los perjuicios y gravámenes que vienen á pesar sobre alguno de los socios por ocasion de la sociedad y sin culpa suya, deben resarcírsele por el fondo comun, segun la l. sig.; y aunque proceda en la sociedad entre estraños lo que dice Anton. en el cit. consil. y lo que se espresa en d. l. 81. D. *pro socio*, no seria admisible en la sociedad conyugal, atendida la ley y la costumbre del reino: va mucha diferencia en este punto de la sociedad entre estraños á la conyugal: en efecto, el socio estraño no puede pretender que el gravámen de dotar le haya sobrevenido por ocasion de la sociedad; al paso que puede alegarlo el marido, es decir, que la obligacion de dotar ha sido consecuencia del matrimonio, base de la sociedad de gananciales, l. 52. §. 4., l. 27 y l. 56. D. *pro socio.* — * En la cuestion que trata aquí Greg. Lopez, sobre la dote de la hija del socio varian los intérpretes del derecho, como ya se manifiesta por las citas que hace nuestro glosador. La misma opinion que este sostiene Voet en sus coment. al tít. D. *pro socio*, n. 4, fundándose principalmente en que pesan sobre la sociedad universal ciertas cargas de la misma naturaleza que la constitucion de dote, como lo que un socio tiene que pagar en virtud de una condena injusta fundada en un supuesto delito: y á la ley 81. D. *pro socio* contesta Voet que mas bien se refiere á la sociedad particular que á la universal. Sin embargo parece mas fundada la opinion que exige pacto espreso para que la sociedad, aunque sea universal, cargue con la obligacion de dotar de los fondos comunes á las hijas de los socios: en efecto, la citada l. 81 es bastante esplícita: *quœsitum est dice, an si pro socio ageret, dotis quantitatem prœcipere deberet, si forte convenisset inter socios ut de communi dos constitueretur?* y de otra parte no es esacto que se refiera á la sociedad particular, sino que habla de la sociedad en general. Esta disposicion pudo fundarse en que la dacion de dote es uno de aquellos gastos estraordinarios á los cuales por lo comun no se acude con los réditos del patrimonio, dejando intacto el capital, y que por esta causa será presumible que no han consentido en él los consocios. La razon de que se vale Voet, no es concluyente, y á lo mas probaria que los jurisconsultos romanos no se rigieron en esta materia por principios invariables. Domat en el trat. de la sociedad, seccion 4. n. 12, toma la cit, l. 81 en el mismo sentido que nosotros, si bien no discute la materia.

(25) Añád. l. 52. §. 8., l. 1. §. 1. y l. 3. vers. *cum specialiter*, D. *pro socio.*

(26) Ejemplo notable y adecuado, pues que la jurisdiccion es un derecho incorporal, y no se transmite sin que medie cesion: es una especie de servidumbre, como dice el Speculo, tít. *de caus. possess. et propiet.* §. *sequitur.*

(27) El cual está obligado á verificarlo, l. 3. princ. D. *pro socio.*

(28) La sociedad simplemente contraida se limita á las puras ganancias, resultantes del comercio é industria, segun esta ley y la l. 7. D. *pro socio.*: ahora, si dijeron las partes *seamos socios respecto de lo que lucrasemos*, comprenderá la

de aquel menester, o de aquella mercaduria que vsaren. Otrosi dezimos, que si fizieren compañia sobre vna cosa (29) señaladamente, assi como sobre vender vino, o paños, o otra cosa semejante; que deben partir entre si las ganancias que fizieren en el tiempo de la compañia, en la manera que conuinieron quando fizieron el pleyto de la compañia. Mas las otras ganancias que fizieren por otra razon, non las deuen partir entre si, ante deuen ser proprias del que las ganare. Otrosi dezimos, que entre si deuen ser comunales los daños, e los menoscabos que les acaescieren, a cada vno por su parte, segund les alcançare de las ganancias (30). Fueras ende, si los daños, e los menoscabos acaesciessen por culpa, o por engaño (31) de alguno de los compañeros; ca estonce, tan solamente a aquel pertenece, e non a los otros. Pero si este, por cuya culpa auino el daño, o el menoscabo, pudiere prouar, que puso y aquella guarda (32), que fiziera si suyas fuessen aquellas cosas; estonce por tal culpa non se ria tenudo de pechar el menoscabo; ante dezimos, que deue alcançar a cada vno dellos su parte.

sociedad toda suerte de obvenciones, aun las que no provengan de industria ó de comercio, atendida la significacion general de la palabra lucrar, l. 13. D. tít. cit. y allí la Glos.: lo mismo parece deberá decirse de la sociedad tácita que resulta de la comunicacion de lucros; entónces no se limitará á las adquisiciones industriales y mercantiles, sino que comprenderá toda suerte de lucro, aunque pertenezca á la clase de bienes castrenses ó cuasi castrenses, l. 52. §. 8. D. tít. cit., Bald en la l. 4. al fin C. *commun. utrius. jud.* y allí Salic. col. últ. y Socin. consil. 192. vol. 2. col. 4. Los capitales ó cosas de donde provinieron dichos lucros ó frutos no se comunicarán, segun Salic. en dicho lugar y Alex. consil. 48. vol. 2.: véanse estos AA. para la verdadera inteligencia de lo dicho.

(29) Añád. l. 52. §. 5 y 6. D. *pro socio;* y lo mismo tendrémos en la sociedad tácita; en efecto, si dos ó mas comunicaron entre sí las ganancias resultantes de cierta negociacion, se entiende haberse contraido sociedad relativamente á la misma; porque los actos voluntarios no se estienden mas allá del punto donde el consentimiento de las partes alcanza, l. últ. C. *ne uxor pro marito,* l. 1. §. 2. D. *de itin. act. priv.* y Bart. en la l. 47. §. 6. D. *de admin. tut.;* y en este lugar advierte el mismo Bart. que si uno de los socios comprase un predio en su nombre lo hace suyo, si bien debe abonar á la sociedad el precio, caso de provenir de la negociacion que ella tiene por objeto, l. 61. §. 1. D. *pro socio*: lo que procede sin disputa en la tácita sociedad que tiene por objeto cierta negociacion; ahora, si la sociedad fuere universal, aunque tácita, el socio tendrá que llevar al acerbo comun la heredad que hubiese comprado, por mas que lo verificara en su nombre, segun Bald. en la l. 1. C. *si quis alteri vel sibi*, en la l. 8. C. *de rei vind.* en la l. 52. §. 6. D. *pro socio* y en la l. 6. princ. C. *de bon. quæ lib.;* pruébalo la l. 4. C. *comm. utriusq. jud.*, donde asi lo nota Bald., y el mismo D. sienta lo propio en la l. últ. §. 4. D. de leg. 2. fundado en el mismo testo; igual es la decision de Alex. consil. 49. vol. 1. duda 2. y consil. 37. vol. 4; debemos empero esceptuar el caso en que uno de los socios compra en su nombre con conocimiento y sin contradiccion de los demás: parece que con semejante acto han consentido en disolver la sociedad, l. 64. D. *pro socio* y l. 1. §. 5. D. *de exercitor.*, Bald. en la l. 16. D. *si certum pet* y Alex. consil. 137. vol. 5.

(30) Añád. l. 3. de este tít.

(31) Añád. l. 52. §. 1 y 3. D. *pro socio;* y adviértase que el daño causado por dolo ó culpa de un socio no se compensa con el lucro que acarreó el desvelo del mismo, l. 25. D. d. tít.; empero el daño que proviene de caso fortúito pesa sobre todos los socios, d. l. 52. §. 2. vers. *si in coeunnda* y el §. últ. ¿Los asientos de los libros de los comerciantes harán fe sobre los casos fortúitos? Parece que no bastarán, y que el comerciante deberá probar semejantes fatalidades, arg. l. 2. C. *de naufrag.* y allí Bart. y Juan de Plat., de cuya ley saca el primero una consecuencia que la gradua de admirable, á saber, que los comerciantes que reciben dinero á la parte del lucro y del daño, y han esperimentado incendio, robo ó naufragio ú otro accidente, deben probarlo dentro del año: además, Ang. en el lug. cit., dice, que debiendo el comerciante dar cuentas dentro del año, arg. l. 4. C. *de susceptor. e tarchar.* donde asi lo sientan el mismo Ang. y Juan de Plat., parece que pasado dicho término debiera responder del caso fortuito: sin embargo, no se atreve á afirmarlo, atendido que siendo por lo regular perpetuas las escepciones, l. 5. D. *de doli except.* y que esta se alega por el comerciante en su defensa, podrá probarla hasta la sentencia; y añade ser la costumbre el insertar un pacto por el cual el comerciante se obliga á probar el caso fortúito dentro cierto tiempo; lo que debe tenerse presente en la práctica. Con todo, opino que debiera darse crédito á los libros de los comerciantes cuando los acontecimientos son verosímiles, conecsos y subordinados los unos á los otros, como lo nota Bald. en la rubr. C. *de fide instrum.* col. 10. vers. *sequitur de scripturis sociorum,* al cual véase. — * Sobre la fuerza probatoria de los libros de los comer-

LEY 8. *Como las ganancias que vienen de mala parte, non es tenudo aquel que las fizo, de dar parte a sus compañeros.*

De furto, o de robo, o de engaño, o de otra manera mala semejante destas, faziendo ganancias algunas los compañeros, non deuen los otros rescebir parte (33). E si acaesciere, que el que assi las ganare, las aduxere a particion con los otros compañeros, si parte rescibieren dellas, e aquel que las gano, fuere despues vencido en juyzio, de guisa que las haya de tornar a aquellos cuyas fueren; cada vno dellos tenudo es, de tornar (34) aquel su compañero, aquella parte que le cupo de aquellas ganancias, maguer non sopieron, quando las rescibieron, que fueron de mala parte. Mas dezimos, que si los compañeros saben, quando rescibieron parte de la ganancia, que fuera mal ganada; que maguer que aquel que assi la gano, non diesse tanta parte (35) a cada vno dellos, quanta le cabia, que por aquella parte que rescibio el otro, quanta quier que sea, que es tenudo cada vno dellos, de ayudarle a pechar, de los bienes de la compañia, todo quanto ouiere a pechar (36) por esta razon; bien assi, como si ouiessen auido sus partes enteramente: e non pechara el que la fizo, mayor parte que ninguno de los otros. E esto es, porque rescibiendo esta parte, consintieron (37), e otorgaron el mal que otro ouiesse fecho.

LEY 9. *Quales pleytos son valederos, o non, que los compañeros ponen entre si, por razon de los bienes que atiendan heredar.*

Firmando, o faziendo alguno compañia so tal pleyto, que los bienes que entendieren heredar de algund ome, que nombrassen señaladamente, que fuessen comunales entre ellos, onde quier que los heredassen, por ser establecidos por herederos, o de otra guisa; dezimos, que tal pleyto non vale, pues que señalan la persona de aquel cuyos son los bienes. Fueras ende, si fuesse fecho con su plazer (38), e que durasse en esta voluntad fasta su fin: porque podria acaescer, que algunos dellos se trabajarian de muerte deste atal,

ciantes véase el art. 53. del Cod. de Com.

(32) Añád. l. 72. D. *pro socio*, el §. últ. Inst. *de societ.* y lo que dije en la l. 2. tít. 2. de esta Part.

(33) Añád. l. 53 y sigs. D. *pro socio*. ¿Qué dirémos si la adquisicion proviene no de delito del socio que la hace, sino del de otra persona la cual resulta condenada al pago de alguna cantidad en provecho de aquel? Deberá comunicarla si la sociedad es universal, l. 73. D. tít. cit. y lo nota Bald. en el cap. *de capitan. qui curiam vend.* col. últ. al princ. Si fuesen socios respecto de alguna jurisdiccion, y á título de la misma percibiesen algo, es preciso distinguir cual lo hace allí Bald. siguiendo á Oldral. donde concluye, que si el conde concedió en feudo una castellanía con la cuarta parte de las obvenciones, y debieron confiscarse los bienes á algunos por ofensas ó agravios hechos al conde; no corresponderá al castellano parte alguna de tales bienes; porque, lo que se adjudica á uno en reparacion del agravio dirijido á su persona, no debe comunicarlo, l. 2. §. 4. D. *de collat. bonor.*, l. 24. D. *de pœtit. hœred.* y l. 43. §. 5. D. *de œdilit. edicto*: esto, al efecto de que el agraviado obtenga por completo lo que tiene lugar de reparacion, cap. 1. §. pen. *quæ fuit prima causa beneficii amit.* Pero si las penas procediesen de delitos que no tuvieron por objeto la persona del conde, recibirá su parte el castellano, l. 52. princ. D. *de act. empt.* y véase allí Bald.

(34) Añád. l. 54. D. *pro socio*. Empero, siendo condenado en virtud de su propio dolo ó delito este socio que cometió el hurto ó robo ¿porqué se le da accion contra sus consocios á los cuales hizo partícipes de la cosa furtiva? A mas de que parece obstan la l. 38. D. *de admin. tut.* junto con la Glos., lo que notan Alber. y Salic., siguiendo á Jacob. de Rav., en la l. 1. C. *de cond. furt.*, y la l. 5. C. *de serv. fugit.*; y obsta por fin, el que de un acto culpable naceria accion á favor del delincuente, contra la disposicion de la l. 12. §. 1. D. *de furt.* Podria decirse que esto es especial por razon de la sociedad misma, á fin de que ningun socio se enriquezca con perjuicio de otro, lo que seria contra la naturaleza particular de este contrato. Lo dicho es aplicable al marido que ha llevado al acerbo de la sociedad conyugal lo que adquirió por via de hurto, ó por otro medio ilícito, lo cual, si se ve precisado á restituirlo lo detrae del fondo de los gananciales, aunque la sociedad esté ya disuelta, dd. ll. 54 y 56. D. *pro socio*, y asi opina Palac. Rub. en sus repet. cap. *per vestras*, en la rubr. col. *mihi* 318.

(35) Nótense estas palabras, pues que no es tan esplícita en este punto la l. 55. D. *pro socio*, de la cual se tomó la de Partidas.

(36) Concuerda con la l. 55. D. *pro socio*: entiéndase de lo que pagó en calidad de pena, segun d. l. 55; y nuestra ley manifiesta bastante que es tal su intencion cuando dice: *A pechar.*

(37) De otra suerte, no se les podria imponer pena por el delito del socio, l. 52. §. últ. D. *pro socio*, donde puede verse, si deberá ó no exigírseles cuando la condena es injusta.

(38) Añád. l. 13. tít. 5 de esta Part. junto con lo

por cobdicia de partir los bienes suyos entre si. E porende, pleyto de que podria nascer tan grand mal como este, defendemos que non vala. Mas si quando firmassen el pleyto de la compañia, lo fiziessen desta guisa; diziendo que todas las ganancias que les viniessen de qualquier parte, por heredamiento que atendiessen heredar, non nombrando de quien, o de otra manera, que fuessen communales a todos; estonce valdria el pleyto, e auria cada vno su parte de tal ganancia.

LEY 10. *Por que razones se desata la compañia, despues que es fecha.*

Desatase la compañia en muchas maneras, e primeramente por la muerte natural de alguno de los compañeros: ca maguer sean muchos, desfazese la compañia por la muerte (39) del vno. Fueras ende, si quando la firmaron, pusieron pleyto entre si, que maguer muriesse alguno dellos, que los otros fincassen en la compañia. Otro

que allí dije, y la l. 33. tít. 11. de esta misma Part.

(39) Añád. l. 65. §. 9. D. *pro socio*, y el §. 5. Instit. *de societ.*; la sociedad no pasa al heredero, l. 63. §. 8. D. tít. cit. y l. 6. §. 6. D. *de his qui not. infam.*, sin que valga el pacto en contrario, l. 1. de este tít. de Part. y lo que allí dije; es de ahí que si se convino que el capital social no pudiese retirarse durante tres años, se entenderá bajo el supuesto que el fallecimiento de alguno de los socios no disuelva la sociedad, como lo decidieron Anchar. consil. 394. y Alex. consil. 34. vol 2; si bien obra por la contraria el dicho notable del Specul. tít. *de locato*, §. *nunc aliqua*, vers. 145.: á favor de la decision de Anchar. y de Alex. está lo que bellamente espone Juan Andr. en la rúbr. *de secund. nupt.* en las adiciones al Specul. y véase á Socin. consil. 5. 30. y 47. col. pen. vol. 3.

Sin embargo, tres escepciones admite el principio. 1ª. En el caso que uno hubiese contraido sociedad para sí y sus herederos, añadiéndose el juramento de las partes: entónces este vínculo religioso hará que la sociedad subsista respecto de los herederos, de modo que ni los socios podrán contravenir á lo pactado, segun Juan Fabr. en el §. 5. Instit. *de societ.*, aunque no sin vacilar: alega el cap. *cum contingat, de jurejur.*: no tengo presente haber visto en otro punto esta especie. Admitiria la decision de Fabr. cuando la sociedad se hubiese contraido simplemente bajo el indicado juramento, sin nombrar la persona del heredero, esto es, en los términos que espresa el cit. D. Ahora, si se nombrase al heredero, resultaria restringida la facultad de testar, l. 52. §. 9. D. *pro socio*, y de consiguiente, semejante pacto como contrario á las buenas costumbres, no se legalizaria á pesar del juramento, segun la regla *non est obligatorium* 58. *de reg. jur.* lib. 6. y Bart. y los DD. en la l. 61. D. *de verb. oblig.*: cuando la persona del heredero nò se nombra, cesa semejante razon; y si bien obsta aun entónces el que la sociedad no debe contraerse con una persona incierta, atendido que se atiende por lo regular á la industria de sugeto determinado; sin embargo, nada tiene de estraño que el pacto subsista en gracia del juramento, toda vez que nada tiene de contrario á las buenas costumbres.

2ª. escepcion: Si el testador ha prevenido al heredero que persevere en la sociedad durante cierto tiempo, segun Bald. en la l. 4. princ. D. *de condit. instit.* 2. notab., donde, fundado en el mismo testo, dice, que debe ser obedecido semejante mandato del testador; lo mismo opina Decio, consil. 441. col. 1. Si el indicado precepto tuvo únicamente por objeto el mayor provecho del heredero, podrá este, si es mayor de edad, prescindir del mismo, segun Oldral. consil. 241, pero no si fuere menor. Bart. en la l. 114. §. 11. D. *de leg.* 1. col. 1.

3ª. escepcion: Cuando despues de muerto el socio continua en la sociedad el heredero, se entiende haberse renovado con él el contrato, segun Bald. en la l. 15. C. *mandati*, donde dice, que si el hijo, muerto el padre, reconoce á los factores de la sociedad, se entiende esta renovada, aunque sea un pupilo que tenga tutor, arg. l. 17. §. 2. D. *de institor.*; lo mismo opina en la l. 4. C. *comun. utriusque jud.* col 3. vers. *aut continuat negotium solitum*, y en las adiciones á Bart. en el tratado *de duobus fratribus*; Decio consil. 255. y en d. consil. 441. y nuestro Doctor de Palac. Rub. en las repet. cap. *per vestras*, en la rúbr. *de donat. inter vir. et uxor.* col. 308., donde de la decision de Bald. arguye que disuelto el matrimonio por la muerte de uno de los conyuges, deberán dividirse la ganancias entre el sobreviviente y los herederos del difunto, si dicho conyuge continuó poseyendo los bienes comunes: véase al citado A. Adviértase que finida la sociedad, debe el heredero hacer partícipes á los socios, de las ganancias que produjeron los bienes antes de dividirse, l. 64. §. 2. y l. 36. D. *pro socio*; si bien no responderá del interés de semejantes ganancias, aunque las hubiese empleado para sus especulaciones, segun la l. 60. princ. D. *pro socio*, y allí la Glos. y Alex. consil. 132. vol. 5; véase Alber. en d. l. 60.

4ª. escepcion: Hállase en d. l. 65. §. 10. vers. *quod si integris omnibus* D. *pro socio*, y allí véase Bald. el cual pone un caso adecuado, y espone el cit. §. al fin del §. 7. de la misma ley.

si dezimos, que si alguno de los compañeros fuere desterrado (40) por siempre en alguna ysla, que se desfaze la compañia por tal razon como esta: porque tal desterramiento como este es llamado en latin muerte ciuil (41). E non le dizen assi sin razon, pues nunca el ha de salir de aquel lugar, e pierdé por ende todos sus bienes. E aun dezimos, que se desfaze la compañia, si alguno de los compañeros es (*b*) encargado de muchos debdos, que ha a desamparar (42) por ende todos sus bienes, a aquellos a quien (*c*) son obligados, por razon de las debdas. Otrosi dezimos, que se acaba la compañia, muriendose (43), ó perdiendose de otra guisa, la cosa por que fue fecha. Esso mismo dezimos, si la cosa sobre que fizieron la compañia, mudasse despues su estado. Esto seria, como si fuesse la cosa atal, de que podrian los omes vsar, siruiendose della, e

(*b*) tan cargado de debdas Acad.

(*c*) es obligado, Acad.

(40) Tanto si es *media* como *maxima* la *capitis diminutio* la sociedad se disuelve, l. 63. §. últ. y l. 65. §. 12. D. *pro socio*. y d. §. 5. Instit. *de societ.*

(41) El deportado se considera muerto en cuanto á varios efectos. Glos. en d. l. 65. §. 12; véase lo que dije en la l. 2. tít. 18. Part. 4.-* Abolida la pena de confiscacion, parece que la sociedad continuará aunque se haya deportado á uno de los socios, sobre todo, si este socio no tenia á su cargo la administracion.

(42) Añád. l. 8. Instit. *de societ.* y l. 4. §. 1. D. *pro socio.*

(43) Añád. §. 58. princ. y §. 1. D. *pro socio*, y Azon en la suma C. d. tít. vers. *solvitur,* y en el princ. de la col. 4. Supóngase que uno puso un capital, y el otro su trabajo ó industria, y que por haberse perdido el capital la sociedad se disuelve, ¿el socio industrial cargará con la parte de esta pérdida? Cuestion es esta muy dudosa y acerca de la cual los pareceres no están acordes: la Glos. en la l. 29. §. 1. D. *pro socio* sobre la palabra *solus* y en la l. 1. C. tít. cit., sienta que el socio industrial no debe soportar parte alguna de esta pérdida, y lo mismo sostuvo Odofr. citado por Alber. en d. l. 1., y tambien Rofr. como allí lo refiere Alber., en el supuesto que el capital no se hubiese comunicado al constituir la sociedad. Sostienen tambien la opinion de la Glos. Bart., Ang. y Paulo de Cast. en d. l. 1., y esta opinion dice ser jeneralmente adoptada el D. de Palac. Rub. en las repet. cap. *per vestras;* y la razon en que se apoyan la Glos. y los que la siguen consiste en el siguiente argumento; se debe soportar el perjuicio en cuanto se participa del provecho, l. 10. D. *de reg. jur.* y l. 22. §. 3. C. *de furt.*; es así que el socio que pone su trabajo ó industria nada lucra del capital, segun la jeneralidad de los DD. en d. l. 1., diciendo, en oposicion á la Glos. en el mismo lugar, ser esto de derecho, aunque no concurra la costumbre; luego dicho socio no debe soportar en parte alguna la pérdida de que se trata. Jacobo de Rav., Ricardo, Oldr. y Salic. en d. l. 1. sientan indistintamente que el capital perdido es daño comun, fundados en la l. 52. §. 4. y en la l. cit. 58. §. 1. D. *pro socio;* y si se dijere que las leyes citadas hablan bajo el supuesto que todos los socios han puesto algun capital en la sociedad, se contesta que no cabe razon de diferencia entre este caso, y aquel en que un socio pone dinero, y el otro su trabajo, dado que este equivale á un capital, Instit. §. 2. *de societ.* y d. l. 29. §. 1. D. *pro socio;* y esta opinion fué adoptada por Alex. consil. 131. vol. 5. Pedro, al cual sigue Cino, distingue en d. l. 1. del modo siguiente: ó el dinero se perdió antes que el socio industrial hubiese prestado sus servicios á la sociedad; ó acontenció esta pérdida despues que estos se hubieron prestado: en el primer caso, dice, el daño se repartirá á fin de qué no haya desigualdad en el contrato, l. 7. D. *de rescind. vend.;* en el segundo, el socio capitalista soportará por entero la pérdida del capital, en cuyo caso procede la opinion de la Glos.: esta distincion parece justa á Alber. en d. l., siguiendo á Cin., y al parecer la adopta; pero la reprueba Salic. en d. l. 1., y Alex. en el cit. consil. dice que no se apoya en ley escrita. En esta cuestion mi parecer es, que si sobre el particular hubiese costumbre establecida entre los comerciantes del pais, deberá observarse, presumiéndose que conforme á la misma contrataron, arg. l. 31. §. 20. D. *de ædil. edicto* y Nov. 4. cap. 3. y Bald. en d. l. 1. vers. 3. *quæro* al fin; lo mismo tendremos si se pactó espresamente que el socio industrial soportara la pérdida del capital por aquella parte en que debia participar de las ganancias; siendo de la naturaleza de la sociedad el que el lucro y los perjuicios sean comunes, l. 29. D. *pro socio* y l. 3. de este tít. de Part.: si se dijere ser bastante que el socio industrial pierda su trabajo, contestarémos que esta pérdida ó la de sus resultados, no se gradua de tal, y si solo se considera como pérdida la de los capitales: cuando estos permanecen salvos, aunque el socio industrial pierda el fruto de su trabajo, nada se le resarce de ordinario, segun resulta de lo anotado en d. l. 1. y de lo que dice Bald. en la l. 10. C. *commun. utrius. judic.*, á saber que si se ha perdido el trabajo que prometió uno de los socios, nada se pierde que no sea comun á todos los socios, porque semejante trabajo no

despues la fiziessen sagrada; como si fuesse casa de morada, e la fiziessen Eglesia; o si fuesse plaça e fiziessen della cimenterio; o por otra razon semejante destas.

puede repetirse, l. 26. §. 12. D. *de cond. indeb.*; y porque equiparándose en cierto modo el trabajo al uso del capital, entrambos pierden, el industrial su tiempo y el capitalista el uso del dinero, y de consiguiente ninguna indemnizacion pueden pedirse: que semejante pacto subsiste lo sostiene la Glos. en el cap. *plerique* 14. q. 3., y esta parece ser la opinion de Abb. en el cap. *naviganti, de usur.* col. 2., y de Palac. Rub. lug. cit. col. 500. Este pacto procederá sin disputa cuando el capital deba dividirse entre los socios finida la sociedad; ahora, si debiese vindicarlo por entero el socio que lo aportó, parece que seria nulo y hasta injusto; porque si se tacha de inicuo el pacto con que el socio industrial, en el supuesto de que se trata, carga con la pérdida de todo el capital, Glos. en d. cap. *plerique*, Bald. en d. l. 1. cuest. 9. y Abb. y otros en d. cap. *naviganti*; no podrá llamarse justo, aunque se limite á cargar con la mitad de dicha pérdida, l. 76. D. *de rei vindic.* A mas de esto, en el supuesto de semejante pacto el socio capitalista percibiria utilidades de un capital, respecto del cual no corria riesgo alguno, lo que es injusto, como se infiere de lo que dice Sto. Tomás 2. 2. cuest. 78. art. 2., á saber, que es lícito el lucro en el contrato de sociedad, porque el que pone un capital reteniendo el dominio del mismo, corre el riesgo de su pérdida; y esta es la opinion de S. Bernardino, sermon 39. art. 3. cap. 2. vers. *secundus casus*, de Silvest. en la suma, en la parte *societas*, 2. vers., 6 *quœritur*. Tambien Socin. consil. 265. vol. 2. examina detenidamente este punto, y al fin concluye que tan equivocado es decir simplemente que no vale el pacto con que se estipula que la pérdida del capital sea comun, como lo contrario: debe atenderse, añade, á si la industria y el trabajo son de igual ó menor valor que el capital; en el primer caso el pacto seria injusto; en el segundo caso, si el valor de la industria es, por ej. como la mitad del capital, segun juicio de peritos, y el socio industrial ha convenido en soportar la pérdida de aquel por una tercera parte, valdrá el pacto, y funda esta decision en d. la cit. l. 29 §. 1. D. *pro socio*, y hacen al caso d. §. 2. Instit. *de societ*. y l. 4. de este tít. de Part. Pláceme esta opinion, atendido que las leyes buscan siempre la igualdad entre los socios; y que cada uno lleve en las ganancias la misma parte que debiera corresponderle en la pérdida, segun la Glosa, jeneralmente aprobada, en d. cap. *plerique*, 14. q. 3. Por lo dicho se ve que podria sostenerse, que si la mujer llevó en dote alguna cantidad de dinero ú otra cosa estimada de modo que la pérdida recaiga en el marido, no podrá reclamar la mitad de las adquisiciones hechas durante el matrimonio; pues que no debe percibir lucro no corriendo riesgo alguno por el capital que aportó á la sociedad conyugal. Sin embargo, es mas cierto lo contrario, pues que las leyes y la costumbre de nuestro reino quieren que los gananciales sean comunes á los dos conyuges; á mas de que no puede decirse que la entrega de dote inestimada sea un mutuo simulado ú otra cosa parecida, sino que la dote se da por consideracion á las cargas del matrimonio; tampoco se ve en ella la intencion de lucrar, á lo menos como objeto principal, y así se la considera en la práctica; de otra parte, aunque mujer nada traiga en dote, tiene tambien su parte en los gananciales: esta es la practica constante, sea lo que fuere de otra parte lo que corresponda segun derecho, como lo atestigua Suarez en sus repet. á la l. 1. tít. *de las ganancias*, lib. 3. del Fuero Real.

Si sobre el punto principal que nos ocupa no existiese costumbre, ni se interpuso pacto, sino que se contrajo simplemente la sociedad poniendo uno su trabajo y el otro el capital, de modo que este se comunique realmente, en virtud de pacto, en términos que finida la sociedad se divida entre los socios; entónces es evidente que el riesgo es comun, pues que siendo comun el capital, para los dos necesariamente ha de perecer: empero, si el que lo puso se reservó el dominio del mismo, lo que se presume en caso de duda, segun la opinion comun entre los DD. desechando la de la Glos. en d. l. 1., el capital perecé entónces para el que lo puso, y en este supuesto procede la opinion de la Glos., generalmente aprobada, en d. l. Empero, Socin. en d. consil. col. 3, esceptúa el caso en que la sociedad fuese la causa de la pérdida del capital, el cual no hubiera perecido si la sociedad no se hubiese formado: alega la l. 58. §. 1. D. *pro socio*, y que si perece por motivo de la sociedad alguna cosa propia de uno de los socios, se considera pérdida comun; alega además la l. 52. §. 4. y la 61. D. *pro socio*. Si esta escepcion fuese cierta se destruia cuasi del todo la opinion comun, esto es, que la pérdida del capital pesa sobre el que lo puso y no en parte alguna sobre el socio industrial; pues que siempre podria decirse que habia perecido por causa de la sociedad, atendido que si hubiese permanecido en caja no se hubiera perdido: y á la verdad, se halla esto en oposicion con lo que llevamos dicho, á saber, que para ser lícitas las ganancias es preciso que el riesgo de la pérdida del capital pese sobre el que lo puso en la sociedad: así es que considero ser falsa la escepcion de Socin. A d. l. 58. §.

LEY 11. *Como se puede ome partir de la compañia, non se pagando de sus compañeros.*

Buena es la compañia entre los omes, mientra cada vno de los compañeros han voluntad de fincar en ella. Mas quando alguno de los compañeros non se pagasse della, puedela desamparar (44), si quisiere, diziendo assi a sus compañeros: Fasta agora me (*d*) pague de auer compañia con vusco (45), mas de aqui adelante non quiero ser vuestro compañero, e non le pueden embargar los otros, que lo non faga. Pero si este atal se partiesse de la compañia, ante que sea acabado el fecho sobre que la fizieron, o ante que sea acabado el tiempo en que auia a durar; estonce tenudo seria de pechar a los otros (46) compañeros todo el daño, e el menoscabo que les viniesse por esta razon. Fueras ende, si quando firmaron la compañia, fizieron pleyto (47) entre si, que el que se non pagasse della, que la pudiesse desamparar, cada que quisiesse, ante del tiempo sobredicho, o despues.

(*d*) plogó de haber Acad.

LEY 12. *Como se deue partir la ganancia o la perdida entre los compañeros, quando alguno dellos se parte de la compañia por pro de si, e daño de los compañeros.*

Puesta, (*e*) o firmada seyendo la compañia entre algunos omes, so tal pleyto, que todas las ganancias (48) que fiziessen, de aquel dia en ade-

(*e*) et firmada Acad.

1. se contesta que en el caso de la misma el dinero era de entrambos socios y no de uno solo, era dinero puesto ya en la sociedad: en cuanto á las ll. 58 y 61, dígase que no concluyen; pues que una cosa es perderse por causa de la sociedad lo que es propio de uno de los socios; y otra desaparecer el capital destinado para la sociedad ó puesto en caja de la misma; en efecto, en el primer caso el daño recae en cosas que no pertenecen á la sociedad, y en el segundo tiene por objeto el mismo capital social, que debe perecer para el que lo puso, á fin de que sea lejítimo el lucro; de consiguiente la escepcion de Socin. no queda comprobada con las leyes que alega: de otra parte, ni la l. 52. cit. debe entenderse de todas aquellas cosas que un socio hubiese perdido con ocasion de evacuar algun negocio de la sociedad, y si solo de aquellas que debió llevar consigo para el indicado objeto, y que de otra suerte no hubiera llevado, como claramente lo manifiesta d. l. Si cada socio pone dinero y trabajo, entónces, atendido que se entienden recíprocamente comunicados los capitales, arg. ll. 1. y 2. D. *pro socio,* la pérdida será comun sin disputa; lo que ninguno de los DD. pone en duda, segun el mismo Socin.; empero, yo lo entiendo del caso en que hay igualdad, tanto en los capitales, como en la industria y en el trabajo, de lo contrario es preciso recurrir á lo que llevo dicho relativamente al supuesto en que uno de los socios pone el capital y el otro su trabajo ó industria, y á las consideraciones de Socin. sobre esta materia en d. consil. En vista de lo que llevo dicho me parece que podemos concluir, que esta materia es bastante dudosa, y que en ella son varios los pareceres de los DD., diga lo que quiera Bald. consil. 493. vol. 4. quien pasa por alto las indicadas consideraciones de los teólogos y de Socin. Contra la opinion que sostiene en d. l. 1., notaré única y particularmente que en el cit. consil. dice, que disuelta la sociedad, el socio que puso el capital puede pedir por él la ejecucion, aunque no se hubiese liquidado, tanto si se han esperimentado perjuicios, como si no los hubiese habido, y aun antes de haberse examinado las cuentas; y que si el convenido alega haberse perdido por caso fortuito ó de otra suerte sin culpa suya, deberá probarlo dentro del término de la ley; lo que merece notarse, atendido que las leyes de nuestro reino disponen que las ejecuciones se despachen en vista de escritura pública.

(44) Añád. l. 65. §§. 3. y 7. D. *pro socio*, y la Glos. en las palabras *eodem tempore* junto con la Glos. sig., y en las palabras *de hoc*, l. 5. C. tít. cit. y l. 17. §. 1. D. d. tít.

(45) Así debe hacerse la renuncia de la sociedad cuando los socios á quienes se dirige están presentes: sobre el caso en que se dirige á socios ausentes, véase la l. 17. §. 1. D. *pro socio*.

(46) Para los efectos que aquí se indican, es menester que la renuncia sea en daño de toda la sociedad, y que á ella le interese que no tenga lugar la renuncia intempestiva de uno de los socios; al paso que si á la sociedad le interesa dicha renuncia tendrá lugar, aun cuando fuese perjudicial á uno de los socios, d. l. 65. §§. 3 y 5. D. *pro socio*.

(47) El pacto por el cual se reserva uno la facultad de renunciar intempestivamente, no es inútil, como se ve en esta ley y en d. l. 65. §. 3. junto con la Glos.

(48) Nótese que no exige que la sociedad sea universal; bastando que sea de bienes futuros, para que la disposicion de la ley tenga lugar: con esto se quita la duda que presentaban la l. 65. §. 3. D. *pro socio,* y el §. 4. Instit. *de societ.*, de

lante que la firmaron, que fuessen comunales a todos los compañeros, si despues desto alguno dellos, entendiendo que le venia alguna ganancia muy grande de alguna parte; assi como si sopiesse que le auia alguno establecido por su heredero, o que tenia en coraçon de establecerle, o le viniesse la ganancia de otra (f) parte qualquier, e por razon della, engañosamente (49) se partiesse de sus compañeros, por la auer el toda, e fazer perder a los otros la parte que deuen auer en aquella ganancia; si esto pudiere ser prouado, tenudo es de dar su parte de la ganancia a cada vno de los compañeros, maguer fuesse ya quito de la compañia. E aun dezimos, que si de aquel dia en adelante que se partio de la compañia, assi como es dicho, acaesciesse que perdiesse, o menoscabasse alguna cosa, que a el solo (50) pertenesce la perdida, o el menoscabo, e non a los otros: e lo que los otros compañeros ganassen, despues que el se partio de su compañia, todo deue ser suyo dellos, e non le deuen dar parte ninguna a el; por razon del engaño que les fizo. Ca derecho es, que quien engañosamente quiere fazer perder algo a sus compañeros, que toda la perdida a el pertenesca.

LEY 13. *Como se deue partir la ganancia o perdida entre los compañeros, quando se parte la compañia por alguna razon derecha, que aya.*

Departida (51) seyendo la compañia por alguna de las razones que diximos en las leyes ante desta, luego que esto sea fecho, deuen partir entre si todas las ganancias (52), e las perdidas,

(f) manera qualquier Acad.

cuyos testos nuestra ley trae su orígen.

(49) Juan Fabr. en d. §. 4. Instit. *de societ.* objeta que cuando se trata de dolo ó fraude, se entiende cometerlo aquel que enagena, mas no el que deja de adquirir, l. 6. princ. D. *quæ in fraud. cred.* y l. 68. §. 1. D. *pro socio.* Además, cuando alguno hace algo para sus intereses no se presume dolo; al contrario, la ley proteje semejantes actos, l. 77. §. 31. D. *de leg.* 2 y l. 19. §. 3. D. *de neg. gest.;* á lo que se añade que no parece que obre con dolo el que no hace mas que usar de su derecho, l. 55. D. *de reg. jur.* Ahora bien, pudiendo el socio renunciar á la sociedad, ¿cómo podrá decirse que cometa dolo, dado que usa de su derecho con renunciar á la sociedad consultando sus intereses? Contesta Juan Fabr. á lo primero que cuando existe un contrato que obliga á adquirir segun buena fe, habrá dolo si no se adquiere, y el que lo cometa quedará sujeto á la reparacion de perjuicios, l. 2. §. 4. D. *de hœred. vel act. vend.* y l. 25. §. 8. D. *de petit. hœred.*, y en estos términos deben entenderse las leyes alegadas en contrario, junto con la l. 1. §. 23. D. *de collat. bonor.* Esta contestacion de Fabr. pudiera servir para la decision de un caso curioso que oí discutir en el consejo real: cierto sujeto (por haber injuriosamente herido á otro, á causa de cuya herida perdió este la mano ó le quedó inútil) fué condenado por el juez, entre otras cosas á pagar dos mil ducados á la persona perjudicada, en reparacion del daño que le habia causado, pero dicho sugeto carecia absolutamente de bienes: proferida la sentencia, y siendo prófugo el reo le fué deferida la herencia de su madre, cuya herencia repudió: versaba la cuestion acerca de si podia ó no trabarse la ejecucion sobre los bienes hereditarios por dicha condena pecuniaria: los que sostenian la negativa se fundaban en d. l. 6. D. *quœ in fraud. cred.;* y por la afirmativa se alegaba la l. 45. princ. D. *de jur. fisci*, pero su disposicion es especial en el fisco, segun Bart. y Alber. en ella; y ninguno hacia mérito de la contestacion satisfactoria de Juan Fabr.: por fin, el fallo fué, que se hiciese la ejecucion en los bienes maternos, sin embargo de la repudiacion. A las objeciones que se hace Juan Fabr. podria tambien contestarse de otra suerte, á saber que, va mucha diferencia entre diferir la adicion, renunciando previamente á la sociedad, y renunciar la herencia: en efecto, en el primer caso intenta adquirir para sí; y en el segundo, ni para sí ni para los socios. A las demás objeciones contesta Juan Fabr. que proceden cuando no media el daño de tercero.

(50) Cesan pues en este caso los efectos de la disolucion, como lo nota Bald. en la l. 65. §. 3. D. *pro socio.* —* Antes bien en este caso surte efecto la disolucion: el original dice; *et sic claudicat hic distractus.*

(51) Adviértase, que aun antes de disolverse la sociedad deben presentarse las cuentas á los socios, esto es, todos los años amigablemente, y en cualquier tiempo en que un socio las pida sin intencion dañada, segun Balt. y Salic. en la rubr. C. *pro socio*, col. 2. Añád. Bard. en la l. 4. C. *de suscep. et arch.* y allí Juan de Plat. últ. notab., fundádose en el mismo testo; y al cit. Bart. en la l. 30. D. *pro socio.*

(52) Ang. de Perus. decidió que el comerciante práctico se presume haber lucrado á consecuencia de las negociaciones que hubiese hecho; á no ser que dentro del año proteste y pruebe lo contrario por medio de indicios y razones que hagan verosímil la pérdida; fúndase en la l. 2. C. *de navicul.* y en la l. 7. §. 10. D. *de*

en la manera que fue puesto (53) en la compañia, quando la firmaron. E si alguna perdida auino en la compañia, por engaño (54) que fizo alguno de los compañeros, a aquel solo que fizo el engaño, pertenesce la perdida: e non se puede escusar que la non refaga, maguer que el diga que fizo otras ganancias (55) a otra parte, que fueron tantas, e tales, de que podria ser mejorada aquella perdida. Fueras ende, si alguno, o algunos de los otros ouiessen fecho otro tal engaño. Ca estonce dezimos, que se deue compartir (56) entre aquellos que fizieron el engaño, de guisa que non alcance ende parte a los otros.

LEY 14. *Por que razones se puede partir vn compañero del otro, ante de tiempo.*

Departir se puede la compañia ante de su tiempo, por quatro razones. La primera es, quando alguno de los compañeros es tan brauo (57), o de tan mala parte, o que ouiesse en si otras maneras semejantes destas, que fuessen atales, que los otros compañeros non le pudiessen sofrir, nin beuir con el en buena manera (58). La segunda

admin. tut., y conviene con él Juan de Plat. en la l. 4. C. *de suscep. et archar.* : añade en corroboracion que por lo general y en caso de duda se presume que uno ha lucrado y no perdido, l. 4. §. 1. y l. 5. §. 8. D. *de jur. inmun.* y l. 10. C. *arbitr. tut.*, con lo que está conforme el principio adoptado, á saber que en los casos en que las leyes obligan á uno en el supuesto de haberse hecho mas rico, se presumirá tal, si no prueba lo contrario, l. 23. D. *de petit. hæred.* y allí la Glos. y Angel. Acerca de si el socio administrador será responsable de las ganancias, en la misma cantidad en que las han obtenido la generalidad de los que hiciesen igual comercio, véase Alex. consil. 47. vol. 1.

(53) Entiéndase esto á tenor de lo que llevamos dicho en las ll. 4 y 10 de este tít.

(54) Lo mismo si por culpa leve ó por descuido de la clase de aquellos de los cuales se hace responsable al socio, l. 7. de este tít. y ll. 23 y 25. D. *pro socio*, empero obsta la l. 22. tít. 14 de esta Part.; véase lo que allí dije.

(55) Es decir, que el socio participa del lucro que ha alcanzado para la sociedad su compañero, sin soportar el daño que á la misma ocasionó la culpa de este: parece obstar la l. 10. D. *de reg. jur.*, pero puede contestarse que el principio establecido se funda en que en la sociedad cada socio tiene por objeto lucrar algo, Instit. princ. *de societ.*, de lo que se sigue, que si uno se propone el lucro, el otro debe hacer otro tanto, y si no lo hace, es responsable para con la sociedad; pues que si se hace partícipe de las ganancias obtenidas por su consocio, es porque él se las ha proporcionado á su vez, como dijo Alber. en la l. 23. §. 1. D. *pro socio*, y antes que él la Glos. en la l. 11. D. *de negot. gestis.*, donde pueden verse Bart. y los DD. acerca de los casos en que el daño en un punto se compensa con el lucro en otro: sin embargo, á la disposicion de esta ley parece obstar la l. 22. tít. 14 de esta Part., donde puede verse mi glosa. Lo dicho viene en apoyo de la decision aquella que niega la compensacion del daño causado por el marido en la sociedad conyugal, con el lucro que su trabajo hubiese por otra parte producido Viene en apoyo de lo mismo lo que dice Montalvo y despues de él Rod. Suarez en las repet. l. 1. tít. *de las ganancias*, lib. 3. del Fuero Real, á saber que debe cargarse en cuenta del marido y no de la sociedad, lo que este gastó en el juego, ó en prostitutas, á tenor de las ll. 59. §. 1. D. *pro socio*, allí cuando dice, *quod in alea, aut adulterio perdiderit socius*, 20. D. *commun. divid.* 44. §. 5. D. *famil ercisc.* y 52. §. 3. D. *pro socio*; la razon está en que el jugar se gradua de culpa lata, l. 3. C. *de collat.* y allí Cin., y en que se gradua de doloso el trato con prostitutas, l. 12. §. 11. D. *mand.* y Bald. en la auth. *ex testamento*, C. *de collat.* Empero, añade Rod. Suarez que si bien esto puede sostenerse atendido el rigor del derecho, en la práctica se observa lo contrario, no atendiéndose á semejantes consideraciones cuando se dividen los gananciales, porque de aquí se originarian infinitos litigios, mayormente atendido que los argumentos no proceden siempre, segun él, de la sociedad convencional, á la que se forma entre marido y muger: á mas de que al marido se le concede la facultad de enagenar, facultad que no tiene el socio; y porque el marido es el que soporta principalmente el trabajo, y el que procura las ganancias: véase lo demás en el lugar cit.: viene tambien en apoyo de esta práctica, que no es tanto de la naturaleza de la sociedad conyugal, como de la convencional, el que cada socio trabaje para obtener ganancias; asi pues, cesando dicha razon, debe cesar la no compensacion del daño con el lucro: por fin, apoya lo mismo la ley del Ordenamiento de Nieva, en cuanto prohibe tan solo las enagenaciones que se hacen cautelosamente, y con ánimo de defraudar á la muger.

(56) Añád. ll. 22 y 23. tít. 14 de esta Part.

(57) Añád. l. 14. D. *pro socio* y en ella Bart. Bald. y Alber., y allí mismo el último, en fuerza del cap. *veniens, de sentent. excomun.*, dice, que la monja pendenciera podrá ser espulsada del convento.

(58) Véase Abb. en el cap. *inter dilectos*, al fin,

es, si algund de los compañeros embia el Rey, o el Comun de alguna Cibdad, o Villa, en su mandaderia; o le dan algund oficio, o le mandan a fazer algund seruicio, o alguna cosa que sea a pro del Rey, o del Comun del logar. La tercera es, quando non guardan al compañero la condicion, o el pleyto sobre que fué fecha la compañia señaladamente. La quarta es, quando aquella cosa, por la qual fue fecha la compañia, es embargada, de manera que non pueden vsar della. E esto seria, como si fuesse alguna naue, en que ouiessen a andar sobre mar, e fuesse rota, o empeorada, de guisa que non pudiessen vsar della; o si señalassen alguno de los compañeros alguna tierra, o Villa, o alguna casa do vsasse de la mercaduria, o del fecho sobre que la fizieron, (*g*) e le quisieren despues toller de aquel logar (59), e embiar a otro, o le cambiassen de aquel estado que ouiessen señalado, o en alguna otra manera semejante destas.

LEY 15. *Si el compañero que tiene los bienes de la compañia viniere a pobreza, que es lo que le pueden demandar los otros.*

Muchos seyendo los compañeros, assi que sean tres, o mas, si el vno dellos (60) touiesse en guarda los bienes de la compañia, si este ata, que los tiene, diesse parte al vno, o a los do. sin sabiduria, e sin mandado de los otros, o de alguno de ellos; si acaesciere que aquel que los touiesse en guarda, viniesse despues a pobreza, de guisa que non le fincasse de que pudiesse dar su parte a los otros, o al vno, sin cuya sabiduria lo dio; dezimos, que estonce deue ser tornado (61) a la compañia, aquello que desta guisa tomaron, e deue ser partido otra vez entre todos los compañeros. Pero si aquel, o aquellos, que non ouieron su parte de los bienes, supieron como aquel que los tenia en guarda, e en poder, auia dado parte a los otros, e duraren tanto tiempo (62) en pereza, que non quieran demandar su parte; si el otro que los tenia viniesse a pobreza, estonce non podrian demandar a los otros, que tornassen aquello que auian rescebido: porque fueran en culpa, en non demandar su parte, en aquel tiempo que la pudieran cobrar. Otrosi dezimos, que si el vn compañero conosciere (63) al otro debda que le deua por razon de la compañia, o fuere vencido por ella en juyzio; tal preuillegio, e tal (*h*) franqueza ha la compa-

(*g*) ó le quisiesen Acad.

(*h*) fuerza ha la Acad.

de fide instrum., donde dice, que puede ser espelido de la casa el estudiante que se porta mal, y no modera su insolencia. Véase tambien Bald. en la l. 3. al fin C. *de locato,* donde se ocupa del inquilino que mete en la casa mugeres públicas. Subsistirá el estatuto hecho por un colegio, prohibiendo que tenga en él ingreso toda persona turbulenta y amiga de reyertas, Bart. en la l. 1. D. *de coleg. ilicit.* col. 4.: además, segun Bart. en la l. 20. D. *de auctor. tutor.* y en d. l. 14. D. *pro socio*, puede el pupilo pedir la division cuando el socio es pendenciero; y segun la Glos. en la l. 14. C. *de Sacros. Eccles.* no se tiene por idóneo el fiador si es hombre caviloso, ó que no pueda hacérsele pagar sin un litigio, arg. l. 4. §. 4. D. *de in diem addict.*, Bart. y Jason en la l. 112. §. 1. D. *de verbor. oblig.* Añádase tambien que los vecinos pueden echar lejos de sí á las prostitutas y á los usureros, así es que acostumbraban tomar las casas por meses, ó pagaban mensualmente, segun el Spéculo, tít. *de locato*, §. *nunc aliqua*, vers. 87. Mas, se espele de la poblacion al que puede contagiar á los vecinos, l. 2. C. *de summa trinit. et fide cathol.* y allí Bald. últ. notab. y Aud. Barb. en las adiciones, donde dice que la muger de mala fama puede ser echada del barrio, para que no corrompa á las demás. Acerca de si el derecho que uno tiene en la sociedad puede cederlo á un tercero sin el consentimiento de los demás socios, véase Bald. en la l. 1. C. *qui testam. fac. poss.*

(59) Nótese este caso, el cual viene comprendido en la l. 15. D. *pro socio.* — * El testo adoptado por la Academia es visiblemente corrompido en este lugar, pues que leyendo *ó le quisieren*, en vez de *e le quisieren*, tendrémos que el único sentido que admitirá el testo será un absurdo; á saber que la sola circunstancia de haberse señalado á uno de los socios administradores el lugar donde deba ejercer el comercio, será causa de disolucion de la sociedad, sin que sea preciso que sobrevenga la imposibilidad de seguir en el lugar designado.

(60) Luego, cualquiera de los socios puede dirijir la accion contra el depositario de la sociedad, segun esta ley, la l. 63. §. 5. D. *pro socio* y allí Bart. y Bald., y la l. 65. §. 14. D. d. tít.

(61) Esto es peculiar de la sociedad, y en contra de lo dispuesto por la l. 6. §. 2. D. *de reb. auctor. judic. possid.*

(62) Hase tomado esto de lo que dice Azon en la suma C. *pro socio*, col. antepen. allí, *vel nisi possit imputari mihi culpa, quod non suo tempore egi pro prædicta personali præstatione*: empero, no dice esta ley cuanto deba ser este tiempo; podria creerse que se refirió al tiempo de que habla la l. últ. princ. D. *de bonis auctor. judic. possid.* ó bien, que penderá del arbitrio del juez, quien fijará

ñia (64), que si la debda fuera tan grande, que pagandola toda, fincaria porende tan pobre, que non aya de que beuir, que non deue ser dado juyzio contra el, que la pague toda; ante dezimos, que el judgador del lugar, segund su aluedrio, deue mandar que pague tanta parte, que finque a el, de que pueda beuir (65); e el compañero a quien la deuia, non le puede apremiar quel pague mas. Pero el judgador deue tomar tal recabdo (66) del, que si de alli adelante ganare de que pueda pagar aquello que finca, que sea tenudo de lo fazer. E esto se entiende, si el que deue la debda, non ha menester (67) por que pueda guarir: ca si lo ouiesse, estonce tenudo seria de la pagar toda, auiendo de que; e el se deue trabajar de su menester de que biua.

LEY 16. *Como las despensas e las debdas, que alguno de los compañeros fizieren por pro de la compañia, las deuen cobrar.*

Despensa faziendo alguno de los compañeros, por pro, o por mejoria (68) de la compañia; o si andando en seruicio de la compañia, adolesciesse, e ouiesse de fazer despensas (69), para guarecer; asi como en dar algo a algund fisico, o en comprar melezinas; atales despensas como estas, o otras semejantes, bien las puede sacar de la compañia, aquel que las fizo. Otrosi dezimos, que si fiziesse manlieua (70), por pro de la compañia, atal que la prometiesse de pagar luego (71); que puede otrosi sacar del comun (72)

dicho tiempo atendida la negligencia de los demás socios en la reclamacion de su parte, á tenor de la l. 2. C. *arbitr. tut.*, y atendido lo que dice Socin. en el consil. 273. vol. 2. col. 4 y 5.

(63) Pues si niega ser socio no gozará de este beneficio, l. 63. §. últ. D. *pro socio* y l. 22. D. *de re judic.*; y si niega, pero despues confiesa antes de la contestacion del pleyto? Véase Bart. en la l. *eum qui*, D. *de in litem juran.* y Ang. de Aretio en el §. 8. Instit. *de societ.*

(64) Añád. l. 63. princ. D. *pro socio* y d. §. 8. Instit. *de societ.*: esto procede aun cuando la sociedad no sea universal, y si solo de un negocio determinado, d. l. 63. ¿Gozará de este beneficio el socio que mediante juramento hubiese prometido pagar, y no usar de escepcion alguna, ni de hecho, ni de derecho? Véase Alex. consil. 133. vol. 5. donde decide por la negativa. ¿Gozarán de él los socios escolares? Asi opinan Juan Fabr. y Angel. en el supuesto que el crédito se hubiese adquirido por motivo de la sociedad.

(65) Sigue la opinion de la Glos. en la l. 63. D. *pro socio*, sobre las palabras *id quod.* Adviértase que cuando se trata de este beneficio se atiende á si los réditos del patrimonio del deudor pueden sufragar para la manutencion del mismo, una vez satisfecha la deuda; y no á lo que podria sacarse de los bienes puestos en venta, l. 6. D. *de cession. bonor.* y allí Bart. Empero, ¿si tuviese una finca de grande valor, pero que diera escasos réditos, deberá venderse? Bald. opina que no, en la l. 43. D. *soluto matr.*, pero lo contrario sienta Juan de Imol. en el supuesto que el producto de la venta diese para satisfacer la deuda y para la manutencion del deudor, empleado el residuo en la compra de una finca productiva, ó poniéndose en poder de algun comerciante á un interés regular; lo que parece acertado á Jason en el §. 38. Instit. *de action.*, y á Alex. en d. l. 43., donde contesta á d. l. 6. D. *de cessione bonor.* siguiendo á Imol. Si el socio acreedor no tuviese mas bienes que el crédito procedente de la sociedad, el socio deudor no gozará del beneficio de que se trata, así como no puede alegarlo el marido contra su muger que pide la dote, segun Juan Fabr. en el §. 37. Instit. *de action.*

(66) Bastará la simple promesa, l. 63. princ. D. *pro socio.*

(67) Si tiene alguna industria que le dé para vivir, no gozará de este beneficio, segun la Glos. en la l. 43. D. *solut. matr.* y en la l. 35. §. 1. C. *de donat.*, y lo prueba esta ley de Part.

(68) Añád. l. 52. §. 12. y l. 38. §. 1. D. *pro socio:* si el socio gastare algo en provecho suyo como para su carrera ó en bodas, no vendrá de cuenta de la sociedad, l. 3. §. últ. D. *de muner. et honor.* junto con lo anotado en ella, l. 20. §§. 6 y 7, l. 38. y l. 39. §. 3. D. *famil. ercisc.*, el Specul. tít. *de judiciis*, §. *sequitur*, vers. *quid si unus ex cohæredibus*, y Bald. en la l. 4. C. *commun. utriusque jud.* y en el tratado de *duobus fratribus*: esto no tiene duda en el supuesto de no ser universal la sociedad; ahora, si fuese de esta clase, serán de cuenta de ella todos los gastos razonables de cada uno de los socios, l. 73. D. *pro socio*, d. l. 39. §. 3. y l. 81. D. tít. cit.

(69) Añád. l. 52. §. 4. y l. 61. D. *pro socio;* y nótese que esta ley supone que los gastos se han hecho por el socio ocupándose en negocios de la sociedad; pues que de otra suerte no procederia su abono; véanse la Glos. y Bart. en la l. 52. §. 6. D. *pro socio*, en la palabra *redigetur.*

(70) Es decir lo gastado para el viage, d. l. 52. §. 15. D. *pro socio.*

(71) Nótese esto como declarativo de la l. 27. D. *pro socio*, y como decision de la cuestion suscitada por los DD. en la l. 13. C. *famil. ercisc.*

(72) Adviértase que Bald. y Angel. en la l. 38. D. *de condic. indeb.*, fundados en la misma ley, dicen que si varios comerciantes han contraido sociedad, y uno de ellos como administrador de

de la compañi[illegible]e que la pague, ante que los bienes de la compañia se departan. Mas si la debda fuesse fecha so condicion, o ouiesse plazo de mayor tiempo, a que lo ouiesse de pagar; dezimos, que las cosas que son de comun, que las deue aduzir ante ellos, e partirlas con ellos. Pero deue tomar recabdo (73) de cada vno de ellos, que pague su parte de aquella debda, al plazo que el puso de la pagar.

LEY 17. *Como los bienes que los compañeros toman de la compañia, son tenudos de los tornar a sus herederos.*

Toman a las vegadas algunos de los compañeros de las cosas de la compañia, sin sabiduria de los otros; e maguer que la tome assi, non deuen los otros compañeros asmar, que la furta: porque non deue ome sospechar, que ninguno quisiesse furtar nada de aquellas cosas, en que ha su parte (74). E porende dezimos que lo que desta guisa tomasse alguno de los compañeros, non gelo pueden demandar en manera de furto. Fueras ende, si paresciessen señales tan ciertas contra el, porque ouiessen de creer, que lo auia tomado con voluntad de lo furtar. E aun dezimos, que si el vn compañero ha adar, o a tornar debda alguna, o otra cosa, al otro, e muriere ante que la de; que su heredero (75) es tenudo de dar, o de tornar aquello quel deuia. E esto mismo seria, si se muriesse aquel que deuia recebir la cosa; que el compañero tenudo es de lo dar a su heredero (76). Ca como quier que el heredero non puede entrar en la compañia, en lugar del compañero que finco; con todo esso, en tales casos como estos, o en demanda, si la ouiesse vn compañero con el otro por razon de la compañia, tenudo es el heredero, de responder, o de pagar, o de recebir, en lugar de aquel cuyos eran los bienes que heredo, a el, e a los herederos de su compañero.

TITULO XI.

DE LAS PROMISSIONES, E *(a)* PLEYTOS, QUE FAZEN LOS OMES VNOS CON OTROS, EN RAZON DE FAZER, O DE GUARDAR, O DE COMPLIR ALGUNAS COSAS.

Promissiones, e pleytos fazen los omes vnos con otros, en razon de fazer, o de guardar, o de complir algunas cosas; que son de otra manera que aquellos pleytos de que fablamos en los Titulos ante deste. E porque son cosas, que como quier que de comienço son fechas con plazer de amas las partes, nascen despues contiendas, e pleytos entre los omes, por razon dellas; porende, queremos aqui fablar destas promissiones. E mostrar, que cosa es promission. E a que tiene pro. E en que manera se faze. E entre quales personas. E quantas maneras son de promissiones. E sobre que cosas se puede fazer. E qual pleyto, o postura, deue ser guardado; o non, maguer sea puesto, e firmado. E que pena merescen aquellos que lo non guardaren.

LEY 1. *Que cosa es Promission, e a que tiene pro, e en que manera se faze.*

Promission es, otorgamiento que fazen los omes vnos con otros, por palabras e con entencion de obligarse (1), auiniendose sobre alguna cosa cierta (2), que deuen dar, o fazer, vnos a

(*a*) de los otros pleytos et posturas que facen los homes unos con otros. Acad.

una factoria de la misma, quedó obligado por cierta cantidad: no podrá, añaden, á pesar de dicha obligacion contraida, retenerse la cantidad á que asciende la deuda: bastará que se le dé caucion de indemnizarle; á no ser que ya hubiese sido condenado en juicio, ó que hubiere contraido la obligacion por medio de instrumento guarentigio. Nuestra ley exige tan solo que el socio se hubiese obligado puramente, y que no haya término que difiera el cumplimiento.

(73) Añád. l. 27. D. *pro socio*, y l. 16. D. *commun. divid.*

(74) Parece que no hace mas que usar de su derecho; esceptuando el caso en que el socio se aprovecha de la cosa comun mas allá de lo que permite el derecho de comunion, l. 78. D. *de acquir. hæred.* y allí los DD. l. 51. D. *pro socio*, lo anotado por la Glos. en la l. 7. C. *unde vi*, vers. 3. y Alex. consil. 103. vol. 1. col. 3: y acerca de esta noble presuncion al efecto de escusar al delito, véanse Ang. de Aret. tratado *maleficior*, en la parte *falsario*, col. 2. Bart. en la l. 8. §. 5. D. *de novi oper. nuntiat.*, Bald. en la l. 6. princ. C. *de bonis quæ lib.* col. 5. en la l. 8. C. *de impuber. et aliis subst.* col 6. y en la l. últ. C. *de acquir. posses.* y Jason en la l. 5. C. *de verb. oblig.*

(75) Añád. l. 63. §. 8. D. *pro socio.*

(76) Añád. l. 3. C. *pro socio.*

(1) Tenemos aquí que para la validez de la estipulacion se requiere el consentimiento de las partes: no bastarán pues las meras palabras si el consentimiento falta, segun esta ley y la l. 1. §. 3, D. *de pactis.*

(2) Es menester, pues, que quede determinada

otros. E tiene grand pro (5) a las gentes, quando es fecha derechamente, e con razon. Ca (b) asseguran los omes, los vnos a los otros, lo que prometen, e son tenudos de lo guardar. E fazese

(b) seguranse los homes los unos con los otros en lo que prometen, Acad.

la cosa prometida, como un hombre, un caballo, de suerte que no quepa duda acerca la estension de la promesa; de otra suerte seria nula, l. 115. D. *de verb. oblig.* y l. 69. §. 4. D. *de jur. dot.*

(3) Como dice Paulo de Castro en la rubr. D *de verb. oblig.*, se inventó la estipulacion por ser útil y hasta necesaria: en efecto, era necesario contratar en ciertos casos sobre los cuales no habia provisto el derecho de gentes, como lo manifiestan las fiadurias, l. 5. §. 2. D. *de verb. oblig.* y l. 12. C. *de fidejus.*, y las promesas ó cauciones judiciales; cuyo ejemplo es criticado por Alex. en el lug. cit.; véase al mismo D. y á Jason, col. últ. el cual añade algunas consideraciones: es tambien útil, segun el mismo Castr., aun en los casos determinados por el derecho de gentes; sobre lo cual véase al mismo en d. lug. y á Jason col. últ. Empero, hoy dia es muy poca la utilidad de la estipulacion en virtud de la ley 3. tít. 8. lib. 3. del Ordenamiento Real, la que, no solo dió fuerza obligatoria al nudo pacto, si que tambien á la policitacion, haciendo derivar de entrambas accion civil; con todo, esta ley no ha producido innovacion en los contratos innominados, así como no la produjo en ellos el derecho canónico, segun la Glos. y los DD. en el cap. *cum inter R. seniorem, de elect.* y Bald. en la l. 28. C. *de transac.* col. 2. Empero ¿si el contrato innominado fuese corroborado con estipulacion? Paul. de Cast. en d. rubr. al fin, fundado en la l. 3. C. *de rer. permut.*, dice, que entónces nacerá accion á favor de cada parte antes del cumplimiento, si bien la obstará la escepcion mientras no cumpla, y cita á Bart., el cual en la l. 2. D. *de condict. ob causam*, dice, que con dificultad se halla ahora un contrato innominado, pues que pasan á ser nominados, á causa de continuarse por los escribanos la cláusula de estipulacion: sin embargo, véase á Bald. en cap. único *de feud. dat. minim. valvas.*, donde sienta que aun cuando se estienda escritura no por eso cambia la naturaleza del contrato, á no ser que en dicha escritura se estipulase algo contra ó mas allá de la indicada naturaleza; y alega la l. 31. D. *de pactis.* Ahora, si la citada ley del ordenamiento ha cambiado ó no la forma legal de la donacion y de los contratos consensuales, es cuestion que traté en la glosa magistral á la l. 4. tít. 4. de esta Part., y á lo que allí dije añádase que Bald. en la rubr. C. *de dot. promis.* contra el parecer de Cin en d. lug., opina que no puede pedirse la dote cuando la promesa no pasa de simple policitacion: fúndase en un argumento *ad absurdum*; es decir, qué se seguiria que podria pedirse la dote en virtud de nuda policitacion hecha entre ausentes, sin mediacion de carta ni de mandadero, lo que es falso segun lo anotado en la l. 6. C. *de donat.*, en la l. 19. C. *de Sacros. eccles.*, en la l. 2. D. *de oblig. et act.* y en la l. 1. al fin, D. *de contrah. empt.*, y arg. l. 10. princ. D. *de donat*: dice además Bald en el lugar citado que si uno dijese en alguna carta que prometia cierta cantidad en dote, la promesa no es obligatoria mientras el interesado no haya recibido la carta, segun d. l. 10. D. *de donat.*, cuya ley dice ser muy notable para la decision de la cuestion precedente; y de la misma ley se sigue, segun él, que la voluntad espresada en escritos no surte efecto mientras el escrito no se ha puesto en poder de la persona interesada. En este punto insisto en lo que dije en la cit. l. 4. tít. 4. de esta Part., porque d. l. del Ordenamiento manifiesta claramente ser su intencion que de la simple policitacion ó promesa no aceptada aun, nazca obligacion; así pues todo consistirá en si las palabras son ó no significativas de promesa, como dije en la cit. l. 4; de consiguiente será cierta (á lo menos por derecho de nuestro Reino) la opinion de Anton. en el cap. *ex parte*, col. últ. *de censibus*, donde dice, que asi como por derecho canónico nace accion del nudo pacto, segun la opinion mas general, como se ve en el cap. 1. y en el cap. *qualiter, de pactis* (diga lo que quiera Salic. en la l. 11, C. *qui potior. in pign. hab.* 2. notab. y en l. 10. C. *de pactis*, donde contesta al citado cap. *de pactis*) de la misma manera nacerá accion de la policitacion, á semejanza del voto· lo mismo opina Abb. en dicho cap. *qualiter*, si bien sostuvo lo contrario en el cap. *cum inter universas, de elect.*, y Jason en d. rubr. D. *de verb. oblig.* col. 3.—* Si nos atenemos á la generalidad de las palabras de la ley del Ordenamiento (l. 1. tít. 1. lib. 10. Nov. Recop.) será preciso convenir en que la simple policitacion, esto es, la promesa sobre la que no ha recaido aceptacion, es obligatoria: asi opina Greg. Lopez en la glosa 22. tít. 4. de esta Part. esceptuando el caso en que la intencion del promitente hubiera sido celebrar cierto contrato; entónces, dice, mientras este no se haya perfeccionado con la aceptacion de la promesa, no nacerá obligacion alguna. Sin embargo, si bien se examina la citada ley, se observa, que su objeto no fué dar fuerza obligatoria á la policitacion, y si solo modificar las Partidas en cuanto hacian necesaria la estipulacion en ciertos casos. En efecto, al paso que comienza por establecer del modo mas general, que pareciendo que uno se quiso obligar á otro por

desta manera ; estando presentes (4) amos los que quieren fazer el pleyto de la promission, e diziendo (5) el vno al otro : Prometesme, de dar, o de fazer tal cosa ; diziendola señaladamente : e el otro respondiendo, que si promete, o que lo otorga de cumplir. E respondiendo por estas palabras, o por otras semejantes (6) dellas, finca porende obligado, e es tenudo de cumplir lo que otorga, o promete de dar, o de fazer : e maguer los que fazen tal pleyto, non fablasen amos vn lenguaje, como si el uno fablase latino (7), e el otro arauigo, vale la promission ; solamente, que se entienda el vno al otro, sobre la pregunta, e respuesta. Esso mismo dezimos que seria, si fuessen amos de dos lenguajes, maguer non lo entendiesse el vno al otro, e estando amos presentes firmassen, el pleyto entre si por alguna trujamania (8), enque se aueniessen amos a dos, valdria la promission ; tambien como si se entendiessen los que fazen el pleyto.

LEY 2. *Como la promission se deue fazer por palabras, e non por señales.*

Pregunta, o respuesta ha menester que sea fecha en la promission, por palabras, e con entendimiento de se obligar. E quando esto fizieren,

promision, ó por algun contrato, ó en otra manera alguna, sea precisado á cumplir lo que prometió; espresa á renglon seguido, como consecuencia y esplanacion del principio, que no podrán oponerse ciertas escepciones, y son, la de no haberse celebrado estipulacion, la de haberse verificado el contrato entre ausentes, el ser hecha la promesa á escribano público ó á una persona privada en nombre de otro que se hallaba ausente, ó que se prometió dar ó hacer alguna cosa á un tercero. En una palabra, las escepciones que la ley declara ineficaces son la de falta de estipulacion, y la de nulidad deeste contrato; por lo que se ve que el único objeto de esta ley fué quitar la necesidad de la estipulacion. Acaba de persuadir lo mismo el epigrafe que ella lleva en el Ordenamiento, concebido en los siguientes términos; *como vale la obligacion entre absentes, aunque no aya y estipulacion.* Lo que ha contribuido á confundir esta materia, es, sin duda, el que al pasar esta ley del Ordenamiento á las nuevas compilaciones, ha sido corrompida, tanto por lo que mira al cuerpo de la misma, como en su epígrafe. Este no varia mucho en la Nuev. Rec., pero si en la Novis., donde se lee; *Cumplimiento de la obligacion y contrato en el modo que se hiciere, sin embargo de que se le oponga el defecto de estipulacion y otras excepciones.* Por lo que mira al cuerpo de la ley, en vez de *ó que fué fecha á Escribano público,* se ha dicho, *ó que no fué hecho ante escribano público*, cuyas palabras, á mas de desnaturalizar el sentido, no convienen con la cláusula que sigue, á saber, *ó que fué hecha á otra persona privada en nombre de otro entre ausentes*, la que indica que antes se habia tratado del caso en que el escribano como persona pública habia aceptado la promesa á nombre de otro. En vista de lo dicho parece que podremos concluir, que la ley del Ordenamiento no tuvo por objeto dar fuerza obligatoria á la promesa que no ha do acompañada de aceptacion.

(4) Añád. l. 1. princ. D. *de verb. oblig.* y el §. 12. Instit. *de inutil. stip.*; empero téngase presente lo dispuesto por la cit. l. del Ordenam.

(5) La razon por la cual debe proceder la pregunta á la respuesta, la indican Alber. en d. l. 1. y Paul. de Cast. en d. rúbr. D. *de verb. oblig.*, y consiste en que de esta suerte resulta mejor espresado el consentimiento; en efecto, si no procediera la pregunta, tendríamos que no podrian distinguirse de las promesas hechas con intencion de obligarse, las que se hacen creyendo que no aceptará la persona á la cual van dirigidas, cuyas promesas ú ofrecimientos se ven á cada paso.

(6) Añád. l. 10. C. *de contrah. et commit. stip.* y el §. 1. Instit. *de verb. oblig.*, donde puede verse una glosa interesante sobre la palabra *quibuscumque*, cuya glosa califica de admirable Bald. en la l. 12. C. *de fidejussor.*; pero entiéndase y limítesela con Paul. de Castr. en la l. 1. §. 1. D. *de verb. oblig.* y véase allí Jason col. 1.

(7) Añád. l. 1. §. últ. D. *de verb. oblig.* y el §. 1. Instit. tít. cit.

(8) Es decir, por medio de intérprete, d. l. 1. §. últ. D. *de verb. oblig.* Nótense las palabras de esta ley : *en que se auiniessen amos a dos:* es decir que cuando esta avenencia existe, bastará un intérprete, y esta es la opinion de la generalidad de los DD. en d. §. últ. y nótase en la l. 14. D. *de dote prœleg.*; ahora, si las partes no conviniesen acerca la persona del intérprete no será bastante uno solo, si se hallan mas en el lugar del contrato, sobre lo cúal véase á Alex. en d. §. últ. y consil. 35. vol. 1. Adviértase que en los negocios muy árduos, como si se tratase de un crímen capital, no bastará un intérprete, aunque fuese el único que se hallase en el lugar; echándose mano en este caso de los de los lugares vecinos; atendido que en tales negocios las pruebas deben ser mas claras que la luz del dia: así se espresa Abb. en el cap. *proposuisti, de probationibus,* col. 2, hablando en general de los peritos que deponen sobre puntos árduos, cuya opinion es de grande autoridad en la práctica,

non deuen entremeter (9) otras palabras. Mas quando la vna parte preguntare, deue responder la otra, si le plaze, o si non. E si por auentura fuere fecha la promission en esta manera, diziendo: Prometesme, de dar, o de fazer tal cosa, nombrandola; si el otro respondiere: Por que no? (10) tambien finca obligado, como si dixesse que si promete. Mas si aquel a quien es fecha la pregunta responde: Bien será (11), o bien se fara; estonce dezimos, que non seria obligado por tales palabras. Otrosi dezimos, que si quando le preguntassen non respondiesse nada, mas que mouiesse la cabeça (12), o fiziesse otra señal alguna, non diziendo, si, ni non, nin otra palabra ninguna, entonce non fincaria obligado. Ca tal obligacion como esta, que se faze por palabras, non se puede fazer por señales. E porende dezimos, que los mudos (13), nin los sordos (14), non pueden obligarse, nin fazer tal pleyto como este. Porque los mudos non pueden preguntar,

segun Jason en d. §. últ. Sobre los demás contratos, cual el de matrimonio y otros que pueden celebrarse por medio de intérprete entre sugetos de idioma distinto, véase á Jas. en d. §. últ. 3. notab. donde cita á otros.

(9) Añád. l. 1. §. 1. y l. 137. 1°. respons. D. *de verb. oblig.* y ll. 3. y 6. §. últ. D. *de duobus reis.* Adviértase que por la ley del Ordenamiento que llevamos citada, la estipulacion ó promesa no se vicia aunque entre la pregunta y la respuesta mediase grande intervalo ó una conversacion estraña al negocio; puesto que dicha ley atiende al mero consentimiento, y no á las solemnidades, ni á la forma de las palabras: hace al caso la l. 35. §. últ. D. *de verb. oblig.* junto con la Glos., donde se dice que los contratos consensuales no se vician por mediar intervalo entre la manifestacion que han hecho de su consentimiento las partes.

(10) Bart. en d. l. 1. §. 2. D. *de verb. oblig.* se ocupa de un caso análogo, á saber: «Pregúntase á Cayo si quiere dimitir sus bienes á favor de Sempronio; y contesta ¿á favor de que otra persona pudiera yo dimitirlos?» Y decide, siguiendo á Pedro, que la dimision se entenderá hecha, y á favor de Sempronio: sobre la misma cuestion, véase allí Alex. col. 3. y Jason col. 2, y lo que digo en la l. 6. tít. 3. Part. 6.

(11) Nótese esto; y la razon está en que la respuesta debe ser tal que no manifieste suspension de voluntad, Azon en la sum. C. *de contrah. et commit. stip.* col. 3. vers. *item responsio;* lo que tendrá lugar aun atendida la ley del Ordenam.

(12) Hase tomado esto de lo que dice Azon en la sum. C. *de contrah. stip.* col. 1. vers. *illud certum*, y lo mismo espresa la Glosa en la l. 1. §. 2. D. *de verb. oblig.* donde Angelo dice, que esta Glosa es la única que ha supuesto que la declaracion de voluntad, ya afirmativa, ya negativa, podia hacerse con los hombros y con la cabeza: es entre nosotros costumbre, segun él, afirmar inclinando la cabeza hácia el pecho, ó levantando los hombros, al paso que para negar movemos la cabeza de derecha á izquierda y viceversa: tal es la costumbre y eso basta para que se tenga la voluntad por espresada: alega la l. 4. D. *de sponsal.*: á esto es consiguiente que, en virtud de la ley del Ordenamiento, el que con los hombros ó con un movimiento de cabeza contesta á la pregunta, y manifiesta de esta manera querer obligarse, quedará en efecto obligado; lo que resulta de aquellas palabras de dicha ley: *o en otra manera.*

(13) El mudo privado de entendimiento se equipara al infante y al loco, l. 65. §. pen. D. *ad trebell.*: si tuviese espeditas las facultades intelectuales podria obligarse por medio de convenciones que no exijan la solemnidad de las palabras, mientras pudiese espresar el consentimiento, l. 43. D. *de procurat.* y l. 124. D. *de reg. jur.* Semejante persona no necesita de la autoridad de curador, segun Angel. en la l. 1. princ. D. *de verb. oblig.* y Jason allí col. últ., á pesar de que Bart. allí mismo sostiene lo contrario; así pues, podrá obligarse manifestando su consentimiento por medio de signos, á tenor de d. l. del Ordenamiento. véase lo que dice la Glos. en la l. 4. D. *de pactis*, en la palabra *mutus.*

(14) Lo que hemos dicho del mudo en la Glosa anterior es aplicable al sordo, segun Ang. en d. l. 1. princ.; y en general el sordo es persona hábil para todos los actos que no requieren cierta formalidad verbal, l. 48. D. *de verb. oblig.*; empero, si el sordo y el mudo tuviesen imperfectamente desarrolladas sus facultades intelectuales, los equipararíamos al pupilo, l. 9. D. *de acquir, hæred.*, l. 32. §. últ. D. *de acquir. possess.* y l. 65. §. 3. D. *ad Trebell.* y Alex. en d. l. 1. princ. D. *de verb. oblig.* col. 2: si gozan de cabal entendimiento se equiparan al mayor de edad, como dije en la Glosa anterior: esto es legal, segun el cit. Alex, por mas que sostenga lo contrario Juan de Imol. en la l. 33. §. 2. D. *de donat.* Acerca el modo de probar que uno es mudo ó sordo, véase Bart. en la l. 2. D. *de bonor. posses. furioso mutove delata.* Dice Bald. en el cap. 1. §. últ. *Episcopum vel Abbatem* que las aguas que bajan del Paraiso terrenal mueven tal ruido, á causa de la elevacion de donde caen, que cuantos nacen allí pierden el oido, y cita en su apoyo á Alberto Magno: añade que estos no son sordos de nacimiento; puesto que la sordera proviene de la causa indicada: y allí mismo dice haber visto un sordo en cierto pueblo de Perusio, llamado

nin responder. Nin los sordos non pueden oyr, quando les preguntassen; como quier que podrian fazer los otros pleytos que se fazen por consentimiento (15).

LEY 3. *Por que razones vale la promission maguer non sean presentes aquellos que la fazen entre si.*

Qveriendo (16) vn ome a otro obligarse, por pagarle debda agena, embiandol prometer, o dezir por su carta (17) firmada, o por su mensajero (18) cierto, que el se obligàua a pagarle la debda que le deuia fulano, nombrandole señaladamente; como quier que tal obligacion, como esta non valdria (19), si la fiziesse nueuamente por su debda propia, non estando presente el que prometiesse, e el que rescibiesse la promission; pero vale; quanto en la que es agena, de qual manera (20) quier que sea. Otrosi dezimos, que

Carignano, el cual oia si se le hablaba junto á la boca en voz muy baja é imperceptible por el mismo que hablaba, pero no si con voz mas alta; y yo he visto otro sordo parecido.

(15) Añád. d. l. 48. D. *de oblig. et act.*; de ahí es que pueden hacer testamento, l. 10. C. *qui testam. facere poss.*, constituyen procurador, l. 43. princ. D. *de procurat.*, aceptan las herencias, l. 5. D. *de acquir. hæred.* y contraen matrimonio, l. 73. princ. D. *de jur. dot.*, cap. *cum apud* 23. y cap. *tuæ* 25. *de sponsal.*: acerca de si pueden deponer como testigos, y de que manera, véase la Glos. en el cap. *testes*, 3. q. 9. Por lo que mira á si podrá ó no sujetárseles á tormento, y exigírseles la confesion del delito, véase Bald. en la l. única, C. *de confessis*, col. 6. vers. *quæro numquid surdus*, donde concluye que no podrán ser condenados por su propia confesion, y sí solo por las deposiciones de los testigos; véase tambien la Glos. en la l. 33. §. 2. D. *de donat.* y Bald. en la l. 9. C. *de impub. et aliis substit.* col. 11. vers. *tertio quæritur*. Pero, como Baldo no trata de lleno esta cuestion en dichos lugares, véase á Juan de Plat. en la l. 2. C. *qui morbo se excus.*, donde refiere un caso que trae Tancredo en su obra, cap. 13. cuest. 9., á saber, de un tutor que llevó al campo á su pupilo del cual era tio, y allí lo ahogó y enterró junto á una viña, con el objeto de suceder á los bienes del mismo: viendo que el pupilo habia desaparecido empezaron á recaer las sospechas sobre el tio, y se le prendió; y él, á fin de que no se le arrancase la confesion del delito se cortó la lengua: pero segun el citado escritor puede en semejante caso exigirse la confesion escrita, puesto que esta obliga lo mismo que la verbal, auth. *contra qui propriam*, C. *de non numerata pecun.*, y l. 10. C. *qui testam. facere poss.*; y por lo mismo, al que no sepa escribir se le podrá exigir que confiese ó niegne por medio de signos, l. 21. D. *de legat.* 3°. y la Glos. en la l. 4. D. *de pactis*.

Opina tambien que en virtud de presunciones tan vehementes, como el ser sustituto del pupilo dicho su tio, la opinion que merecia entre sus vecinos, junto con el hecho de haberse cortado la lengua, podia ser legalmente condenado; y á la verdad, un conjunto de presunciones que se coadyuvan tiene fuerza legal, no obstante que cada una de ellas por sí sola ningun efecto produzca; y de otra parte, en una presuncion muy vehemente fundó Salomon su sentencia; además, cuando no puede obtenerse una verdadera prueba, conviene proceder por medio de deducciones y presunciones, l. 5. § 6. D. *de re militari*. Empero, lo que dice Tancredo acerca la confesion del mudo ó sordo, procede accidentalmente, esto es en el caso de que habla; al paso que la decision de Bald. tiene lugar en el que es mudo ó sordo de nacimiento, y así lo entiende Alex. en d. l. 1. D. *de verb. oblig.* col. 2. al princ. vers. *et an possit confiteri*. Acerca del modo como debe redactarse por el escribano la escritura de contrato otorgado por el mudo ó sordo, véanse los DD. en la l. 5. D. *de acquir. hæred.*, Bart. en la l. *mutus*, princ. D. *de legat.* 3°. en la l. 29. D. *de adop.* en d. l. *mutus* D. *de leg.* 3. y en la l. 10. C. *qui testam. fac. poss.*, Ang. en la l. 4. D. *de pactis*, y en la l. 43. princ. D. *de vulg. et pupil.* y Juan de Plat. en la l. 2. C. *qui morbo se excus.*

(16) Esta ley versa sobre la materia de los títulos del C. y del D. *de const. pecun.* y del §. 9. Instit. *de action.*—* Se ha visto que los compiladores de las Partidas solo dieron fuerza obligatoria á las convenciones que en el derecho romano se elevan á la categoría de contratos, y á las especialmente sancionadas por alguna ley ó por el pretor: á las demás, conocidas por pactos *nudos*, las declaran ineficaces, si no se las reviste de la estipulacion. Uno de los pactos pretorios era el de *constituta pecunia*, esto es la promesa que hace alguno de pagar lo que ya está debido por él ó por otro. Por lo dicho se ve que esta materia carece de objeto entre nosotros, desde que por la ley del Ordenamiento se han declarado obligatorias todas las convenciones.

(17) Añád. l. 26. D. *de cons. pecun.* y nótese el caso que en ella se propone, caso que dice ser único Bald. en la auth. *si cuando, C. de constit. pecun.*

(18) Añád. l. 14. D. *de constit. pecun.* y Azon en la Suma C. tít. cit. col. 2. vers. *si autem constitutio*.

(19) Hoy dia valiera en virtud de la citada ley del Ordenamiento, *paresciendo que uno etc.*

(20) Añád. l. 1. §. últ., l. 2. y l. 3. §. 1. D. *de*

si vn ome deuiesse a otro marauedis que le ouiesse a dar a dia cierto, e quando viniesse aquel plazo a que gelos deuia dar, embiasse dezir e rogar por su carta, que aquellos marauedis que le deuia, que non gelos podria dar en ante, mas que gelos daria en algun lugar que señalasse, a otro dia cierto que nombrasse; tal obligacion como esta vale, porque es fecha sobre debdo antiguo (21). E qualesquier palabras que embiasse dezir, por tal carta, o mensajero, de que *(c)* pueda auer entendimiento, por que se faze debdor a pagar el debdo antiguo, quier sea ageno, quier suyo, vale: e es tenudo de cumplir lo que embia dezir. Pero si de las palabras sobredichas de la carta, o del mensajero, non pudiessen tomar entendimiento verdadero, para el fincar obligado de pagar la debda, entonce non seria tenudo de lo pagar. E esto seria, como si embiasse dezir: Tal debda que te deuia fulan, bien te sera pagada (22), e recabdo auras della: o, ayna las auras; o otras palabras encubiertas semejantes, en que non fiziesse mencion de si mismo, que la pagaria: e aun dezimos (23), que otorgandose alguno por debdor de debda antigua, en alguna de las maneras que de suso diximos, diziendo, e prometiendo, que el, e otro alguno (nombrandolo señaladamente) pagaria aquella debda a tal plazo; dezimos, que si aquel que nombra, consiente en aquello, que promete, amos a dos deuen pagar el debdo egualmente, tanto el vno como el otro. E si el otro contradixesse, diziendo que non pagaria y nada, por todo esso, finca aquel que fizo el prometimiento, obligado a pagar la meytad. Mas si quando se otorgasse por debdor, dixesse assi; que el, o el otro que nombrasse señaladamente, pagaria el debdo; entonce, si el otro non consintiere en aquello que le promete, el solo finca obligado por tal prometimiento, a pagar todo el debdo.

(*c*) puedan Acad.

constit. pecun., y en la última véase la Glos., la que disputa si en el caso en que la deuda es puramente civil, valdrá la promesa como pura donacion; y sobre lo mismo véase Bart. en la l. 11. §. 1. D. tít. cit. y Jason en el §. 8. Instit. *de action.* col. 6 y 7.

(21) Añád. auth. *si quando* C. *de constit. pecun.* y l. 5. §. 2. D. del mismo tít. ¿qué dirémos si interpuso el pacto *de constituta pecunia*, por deuda ajena, creyendo que era suya propia? Entónces el pacto será nulo, l. últ. D. tít. cit., y allí Paul. de Castr.

(22) Añád. auth. *si quando* C. *de constit. pecun.*, y allí véase Bald. acerca de la locucion impersonal en las últimas voluntades, y del libelo impersonal. Limítese lo que aquí se dispone al caso que la impersonalidad estuviese en el verbo que marca la obligacion: ahora, si estuviese en el que indica la ejecucion, no viciará la promesa, como si se dijere, *prometo que la cantidad te será satisfecha,* l. últ. C. *si cert. petat.*, l. 67. §. 1. D. *de verb. oblig.,* Bart. en la l. 38. §. 10. D. tít. cit. y Alber. y los DD. en d. auth. *si quando,* y parece probarlo esta ley de Partida cuando dice *en que non fiziesse mencion de si mismo, que lo pagaria,* etc., lo que tiene lugar cuando dice, *prometo que se te pagará*, pues que el mismo se obliga.

(23) Hase tomado de d. auth. *si quando*, C. *de constit. pecun.* y de la Nov. de la cual esta deriva. —* Debemos aquí llamar la atencion hácia la l. 10. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec., la que dispone, que si dos personas se obligaren simplemente por contrato ó en otra manera alguna para hacer y cumplir alguna cosa, por el mismo hecho se entienda obligado cada uno por la mitad; salvo si en el contrato se dijere que cada uno sea obligado *in solidum*, ó entre si en otra manera *fuere convenido ó igualado.* Tenemos en esta ley de Recop. una regla general que abraza toda suerte de obligaciones, así las de hacer, como las de dar, entregar, etc.; pero de otra parte debemos limitarla al caso en que la obligacion se ha contraido á un mismo tiempo por dos ó mas sugetos. Si contrataron en tiempos distintos, desde luego está fuera de duda que el primero quedó obligado *in solidum,* no teniendo compañero con quien dividir la obligacion; y viniendo despues el segundo con igual promesa, no hay motivo para que la concretemos á una parte de la deuda, respecto de cuya parte quedase aliviado aquel: este es el caso de la fiaduría. A continuacion de la disposicion general se ven en la citada ley dos escepciones distintas; 1ª. si en el contrato se dijere que cada uno sea obligado *in solidum*: 2ª. ó entre sí en otra manera *fuere convenido ó igualado*: al paso que los términos de la primera son claros y precisos; la segunda se presenta de un modo vago y oscuro. Quiso tal vez la ley decir, que seria tambien solidaria la obligacion, aunque no hayan espresado los codeudores obligarse *in solidum*, si en el mismo acto de obligarse arreglaron entre si el modo de indemnizarse mutuamente, caso que cualquiera de ellos pagase el todo: en efecto, la utilidad de este pacto únicamente se concibe en el supuesto de ser solidaria la obligacion; y de otra parte, esta interpretacion es la mas natural que puede darse á las palabras de la ley.

LEY 4. *Entre quales personas puede ser fecha la promission.*

Prometer puede a otro, todo ome a quien non es defendido señaladamente. E porque ciertamente puedan saber, quales son aquellos a quien es defendido, queremoslos aqui nombrar. E dezimos, que son estos: el que es loco, ó desmemoriado (24), e el menor de siete años, a que llaman en latin infans (25), o el pupillo (26), que es menor de catorze años, e mayor de siete. Ca este atal non puede fazer prometimiento, que fuesse a su daño. Pero si por razon del prometimiento, que fiziesse el pupilo, se le siguiesse alguna pro (27), valdria el prometimiento que fiziesse, fasta en aquella quantia que montasse la pro del; e fincaria por aquello obligado, e non por mas. E lo que diximos del pupillo, ha lugar en el mayor de catorze años, e menor de veynte e cinco, que ha guardador (28). Ca el prometimiento que fiziesse este atal sin otorgamiento del guardador, non valdria, si non en la manera que de suso diximos del pupilo.

LEY 5. *Como aquellos que son desgastadores de sus bienes, o los huerfanos que estan en guarda de otri, non pueden fazer promission a su daño.*

En latin prodigus (29), tanto quiere dezir en romance, como desgastador (30) de sus bienes.

(24) Desmemoriado es aquel que está privado del uso de sus facultades intelectuales, empero, sin manifestarse furioso, Bald. en la l. 25. C. *de nupt.* 1. lect.: este tiene el furor oculto, al paso que el loco lo descubre, como dice el mismo Bald. en la l. 2. C. *de curat. furioso.* Llámase *demens* como si dijéramos *sine mente* ó *destitutus mente*, l. 28. C. *de episcop. aud.* Añádanse á esta ley las ll. 5. y 40. D. *de reg. jur.* Lo dicho del demente lo entiende Juan Fabr. en el §. 8., Instit. *de inutil. stip.* en el supuesto que esté completamente privado de razon, y alega el §. 9., vers. *sed quod diximus*, Instit. tit. cit.: véase lo que dije en la l. 6. tít. 2. Part. 4.

(25) Este ni con la autoridad del tutor se obliga, puesto que no entiende lo que hace, l. 1. §. pen. D. *de oblig. et act.* y allí la Glos.: lo dicho tiene lugar en el infante que no puede hablar con conocimiento; de lo contrario se obligaria con la autoridad de su tutor, segun d. l. y el §. 9. vers. *sed quod diximus* Instit. *de inutil. stipul.* y añád. l. 1. princ. y l. 70. D. *de verb. oblig.* Nótese que el infante no queda obligado en virtud del contrato que celebró, aunque de resultas del mismo se hubiese hecho mas rico, como lo advierte la Glos. en la l. 1. D. *de novat.*; entiéndase que no queda obligado por la accion de dicho contrato, pero si por medio de la *condictio sine causa*, ó de la accion *ad exhibendum* en cuanto haya lucrado, y tambien tendrán lugar las acciones reales, como lo nota la Glos. en la l. 3. princ. D. *commod.*, y Bart. en d. l. 1. D. *de novat.* vol. 2.

(26) Sobre los casos en que este contrae obligacion meramente natural, y cuando la contraiga mista, véase una glosa notable en la l. 189. D. *de reg. jur.*, glosa que segun Bart. en d. l. es la mayor que se halla en el derecho; véase tambien al mismo Bart. en d. l. 1. D. *de novat.*

(27) Añád. l. 3. princ. D. *commod.*, Glos. y Bart. en d. l. 1. D. *de novat.* y la Glos. en d. l. 189. D. *de reg. jur.*: podrá pues el pupilo por medio de contrato ó por donacion entre vivos constituir mayorazgo á favor de un sucesor suyo, atendido que de esto resulta utilidad á él mismo y á su familia: añádase lo que nota Bald. en la l. 1. D. *de tutel. et. ration. distrah.*

(28) Añád. l. 43. D. *de oblig. et act.*, l. 3. C. *de in integr. restit. minor.* y la Glos. en d. l. 189. D. *de reg. jur.*: empero, si este menor no tuviese curador, quedará obligado, segun esta misma ley; además podrá nombrar procurador para aquellos negocios á los cuales alcanza su capacidad, segun Bart. en la l. 3. D. *rem rat. haber*; alega la l. 2. §. 2. D. *qui pet. tutor.*, la l. 15. §. 3. D. *de manumis. vind.* y lo anotado en el cap. *ex parte*, 14. *de restit. spoliat.*; añád. el cap. *si annum*, 3. *de judic.* lib. 6. Adviértase tambien que el menor que no tiene curador puede admitir y repudiar la herencia, l. 8. §. 1. C. *de bonis quæ lib.* y allí Bald. Nótese además que si bien el menor que tiene curador no puede contratar sin él, puede sin embargo testar no obstante la oposicion de dicho su curador, l. 77. §. 14. D. *de leg.* 2., l. 20. §. 1. D. *de liberat. leg.* y Bald. siguiendo á Oldral. en la l. 4. C. *qui testam. facere poss*: acerca de si puede deferir el juramento sin la autoridad del curador, véanse Bart. en la l. 17. §. 1. D. *de jurejur.* y Bald. en la l. 4. C. *de rebus cred.* quienes opinan negativamente.

(29) El pródigo es aquel que en la conversacion parece cuerdo, pero no en los hechos, l. 12. §. 2. D. *de tutor. et curat. dat. ab his* y allí Bart.

(30) Llámase pródigo el que no guardando medida en sus gastos disipa y destroza su patrimonio, segun esta ley; y en la l. 1. §. 1. D. *de curat. furios.* se dice ser pródigo el que sin necesidad gasta mas de lo que permiten sus facultades; conforma en esto con la Nov. 3. princ. vers. *cum vero*: por ahí se ve que probarán bien los testigos ministrados acerca la prodigalidad, si deponen que han visto como el sujeto de que

e dezimos, que si a este atal por esta razon le fuesse dado guardador (31) a algun su pariente propinco, o a otro; e le fuesse defendido (32) del Juez del lugar, que non vsasse de sus bienes sin otorgamiento de aquel su guardador; ningund prometimiento que despues desto fiziesse, non valdria (33); nin fincaria por ello obligado, si non en la manera que diximos en la ley ante desta, del pupilo (34). Otrosi dezimos, que si acaesciesse, que alguno que fuesse mayor de catorze

se trata dilapidaba sus bienes todos los dias, llevando los gastos mas allá de lo que permitian sus facultades; así lo manifiestan esta ley de Part. y las citadas, y lo sienta Ang. en el lug. cit.: añádase el cap. 15 de S. Lúcas, vers. 13. donde dice, *dissipavit substantiam suam vivendo luxuriose*, y véase santo Tomás 2. 2. quæst, 142. art. últ.

(31) Y debe el juez dárselo de oficio, si fuese notorio que disipa sus bienes, l. 3. D. *de curat. furios.* y allí Bart., l. 5. princ. D. *ex quib. caus. in posses. eatur*, y Bald. en la l. 3. princ. D. *de tutel.*

(32) Esta palabra indica que es necesaria la formal interdiccion y que no basta la simple prodigalidad, lo que advierte tambien Bart. y es la opinion comun en la l. 6. D. *de verb. oblig.*: con todo, nombrando curador el juez, parece que ya decreta la interdiccion, si bien indica lo contrario esta ley cuando dice, *e le fuere defendido:* á no ser que se dijere que parece pronunciada ya la interdiccion por el mero hecho de darse curador al pródigo, l. pen. D. *de curat. furios.*, así opina Bart. en d. l. 6. y añádase la l. 4. tít. 14 de esta Part. En contra de Bart. están en dicho lugar Bald. y Angel. fundados en lo anotado por Inoc. en el cap. *grandi, de supplenda neglig. prælat.* Empero, siguen allí la opinion de Bart., Juan de Imol., Lud. Romano, Paul. de Cast. y Alex. en d. l. 6. D. *de verb. oblig.*; y esta es la opinion mas general y la mas acertada por lo que mira al derecho comun. Sin embargo, Bart. en la l. 1. D. *de novat.* col. 3. dice bellamente, que la mera dacion de curador no priva al que lo recibe de la facultad de administrar que tiene por derecho natural, y si solo le inhabilita para ejercer por si solo aquellos actos que son de derecho civil; al paso que si media interdiccion espresa se pierde la facultad de ejercer el menor acto administrativo, d. l. 6.: sea de esto lo que fuere por derecho comun, nuestra ley manifiesta bastante que son necesarias entrambas cosas, á fin de que sea nulo el contrato celebrado por el pródigo. Pero ¿se concederá la restitucion al pródigo ó á su curador con respecto á las enagenaciones hechas antes de la interdiccion? la Glos. en la l. 27. *princ.* D. *de minor.* en la palabra *intendici*, está por la afirmativa, si la prodigalidad es manifiesta cuando el pródigo contrata. Es de advertir que aquella Glos. habla del pródigo menor de 25 años. Jason en d. l. 6. col. 6. siguiendo á Francisco de Aretio, dice que el pródigo mayor de edad no podrá reclamar la restitucion por las enagenaciones que hubiese hecho antes de la interdiccion legal, aunque hubiese sido notorio el vicio de la prodigalidad, á fin de que no resulten engañados los que contrataron con él. Dos escepciones admitiria á la decision de Jason y Francisco Aretio: 1.ª si por parte del pródigo se alegase alguna causa en virtud de la cual debiese concedérsele la restitucion como mayor de edad, ll. 1 y 28. D. *in quib. caus. major.* y Ludov. Roman. consil. 225. citado por Jason en d. l. 6.: 2.ª si cuando contrató tenia ya curador como pródigo, aunque espresamente no se le hubiese prohibido la administracion de sus bienes: porque por el mero hecho de tener curador debe gozar del beneficio de la restitucion por entero, segun Bald. en la l. 3. C. *de in integr. restit. minor.*, la Glos. en la l. 2. C. *de curat. furios.*, Bart. en la l. 25. D. *de fidejussor.* col. 2. vers. *nota istud*, y Alex. en d. l. 3. 2. notab.

(33) ¿Y si el pródigo corrobora el contrato con su juramento? Tampoco valdrá, porque el juramento no le hace de sanas costumbres, como dice Bald. en la últ. C. *de bon quæ liber.* vers. *filiis autem*; lo mismo opina Bart. en l. 6. D. *de verb. oblig.*; y esta es la opinion comun segun Jason en d. lug. col. antepen: añád. Bald. en la l. 3. C. *de collat.* col. 2. vers. 7 *queritur.* —* Como el pródigo se equipara al menor de edad que tiene curador, parece que á tenor de lo dispuesto en la ley 56. tít. 5. de esta part. será firme y valedero el contrato celebrado por el primero, si se interpuso el juramento: véase lo que dijimos en la nota 310 de d. tít. sobre la disposicion de la cit. l. y de su orígen; y á lo dicho allí agréguese que la l. 17. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec. declará de ningun efecto el juramento con que se pretendiese dar fuerza á los contratos al fiado celebrados por hijos de familias, contratos que dicha ley declara ineficaces. Disposiciones parecidas á esta se hallan á cada paso en las leyes posteriores á las Partidas; pero sea inadvertencia, sea falta de resolucion, no hay ley alguna general que deroge la cit. l. 56, copia de la célebre auténtica *Sacramenta puberum.*

(34) Esto es, en cuanto se haya hecho mas rico: no le obsta la interdiccion legal cuando mejora su condicion, l. 3. D. *de novat.* y Bald. en la l. 1. C. *de Sacros. Eccles.* col. 8. Es de notar que aqui el pródigo se equipara al pupilo, y añád. l. 9. §. 7. D. *si cert. pet.*, l. 3. C. *de in integr. restit. min.* y allí Bald., y el mismo Bald. en la l. 1. C. *de Sacros. Eccles.* primera lect. col. 3.:

años, e menor de veynte e cinco, que non ouiesse guardador (35), fiziesse prometimiento, para obligarse a otro en alguna manera, que vale el prometimiento. Mas si se sintiere engañado, o que lo fizo a su daño, puede pedir al Juez del logar en manera de restitucion, que lo desobligue de aquel prometimiento, e que le torne en el estado en que era ante que lo fiziesse. E si el Juez fallare esto en verdad, que es menor de veynte e cinco años, e que el prometimiento fue fecho a su daño, deuelo desfazer, mandando que aquella obligacion non vala.

LEY 6. *Como non puede ser fecha promission de premia entre padre e fijo, o sieruo e señor.*

Padre a fijo que tenga en poder, nin tal fijo a su padre, non se pueden fazer prometimiento (56), para obligarse el vno al otro; ni non fuere sobre cosa que venga de las ganancias, que los omes fazen, que son llamadas en latin castrense (57), vel quasi castrense peculium, segun diximos en el Titulo del poderio que han los padres sobre los fijos (58). Otrosi dezimos, que el señor a su sieruo, nin el a su señor, non pueden fazer prometimiento el vno al otro, de manera que se puedan apremiar por aquella promission. E maguer la fiziessen, non valdria la promission; fueras ende, si el sieruo prometyesse alguna quantia de maravedis al señor, porque le afforrasse, e despues que le ouiesse aforrado, non gelos quisiesse pagar. Ca entonce, por tal prometimiento como este fincaria al sieruo obligado (59), e seria tenudo de lo complir.

LEY 7. *Como un ome non puede rescebir de otri promission, en nome de vna persona so cuyo poder non estouiesse* (40).

Un ome non puede rescebir promission de otro en nome de tercera persona (41), so cuyo poder non fuesse. E seria, como si dixesse el vno al otro: Prometesme, que des a fulan tal cosa; e el otro respondiesse, Prometo. Ca por tal prometimiento non fincaria obligado el que lo faze; nin la tercera persona, en cuyo nome fué fecha la promission, nol puede apremiar, nin deue. Mas si el que fiziesse la promission, dixiesse assi: Prometo, que de a vos, o a fulan, tal cosa; si este que fizo la promission, el por si mismo, non seyendo apremiado, quisiesse complir la promission, dando al otro tercero (42) lo que prometye-

equipárase tambien al loco, l. 7. §. 9. D. *in quib. caus. in posses. eatur*, l. 1. C. *de curat. furios.* y l. 6. D. *de verb. oblig.*: y acerca de si los pródigos gozan de los beneficios de los menores, véase á Francisco Balb. quien así opina citando varios DD. en su tratado *præscription.* fol. 65. col. 3.

(35) Añád. d. l. 3. C. *de in integr. rest minor.* y lo que dije en la l. anterior. ¿Qué diremos si el majistrado ha prohibido al menor el contratar? el contrato tendrá fuerza si media juramento? Véase Bald. en el §. *item sacramenta* al fin, *de pace juram. firm.* el cual opina por la afirmativa si el juez tuvo otro motivo que el de la edad —* Conviene advertir que á mas de las personas indicadas son incapaces para contratar las mugeres casadas, mientras no se hallen autorizadas al efecto por sus maridos, l. 11. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec. La autorizacion pueda ser general para cierta especie de contratos ó para todos, ó individual. l. 12. tít. cit. Si el marido niega su autorizacion á la muger, el juez se la concederá prévio conocimiento de causa justa y necesaria, l. 13. tít. cit. Puede tambien el juez autorizar á la muger si el marido está ausente, y debiese perjudicar la tardanza, l. 14. tít. cit. Son tambien incapaces los hijos de familias, aunque sean mayores de edad, para obligarse tomando ó sacando algo al fiado, mientras no se hallen autorizados por sus padres. l. 17. tít. cit.

(36) Añád. §. 6. *Instit. de inutil. stipul.*

(37) En punto á estos peculios el hijo de familias es considerado como padre de familias, l. 2. D. *ad Maced.*: y segun Juan Fabr. en d. §. 6. Instit. *de inutil. stipul.* lo mismo debe decirse del peculio adventicio en aquellos casos en que el usufruto no pertenece al padre, y cuando este lo renuncia, como en el caso de la l. últ. D. *de bon. quæ liber.*

(38) Véase la l. 7. de este tít.

(39) Añád. l. 3. C. *an serv. ex suo facto post. manum.*

(40) Trae esta ley su orígen del §. 4. Instit. *de inutil. stipul.* y de la l. 38. princ. y §. 17. D. *de verb. oblig.*

(41) Añád. l. 38. §§. 17. y 20. D. *de verb. oblig.* y los §§. 4 y 19. Instit. de *inutil. stipul.*; empero, no hay inconveniente en que la ley civil establezca que uno puede estipular para otro, y que este adquiera accion sin necesidad de cesion, como lo nota Bald. en el cap. *quæ in Ecclesiarum*, *de constit.* col. pen., alegando el cap. *quoties cordis oculus*, 1. q. 7.; á semejanza de lo que dispone la cit. l. *e paresciendo*, tít. *de las escepciones*, lib. 3. del Ordenamiento Real, en virtud de cuya ley compete la accion directa á aquel á favor del cual se concibió la estipulacion, como lo nota Bart. en la l. 1. §. 3. D. *ad Trebell.*; y véase Bald. en la l. 26. C. *de jure dot.*

(42) Ese tercero parece indicado al objeto de poderse verificar en él el pago; pues que la obli-

ra a dar; dende adelante, non podria demandar aquello que ouiesse dado, nin el otro non seria tenudo, de gelo tornar a el. Mas aquel que rescibio la promission, puedel apremiar, demandandogelo por los judgadores, que torne aquello que rescibio por su mandado (43). Mas aquel que estouiesse en poder de otri, assi como el fijo en nome de su padre, o el sieruo en nome de su señor, o el Religioso (44) en nome de su Mayoral (45), bien puede rescebir promission de otro. E valdra la promission que cada vno destos sobredichos rescibiesse en nome de aquel, so cuyo poder estouiesse. E puedela demandar aquel en cuyo nome fue fecha, al que la fizo, tambien como si el mismo la ouiesse rescebida. E aun dezimos, que los Judgadores, e los Escriuanos (46) de Concejo, que escriuen con ellos, pueden rescebir promission en nome de otro. E esto seria, si la rescebiessen en nome de algund huerfano, prometiendole el guardador, que lealmente guardasse (47) a la persona del huerfano, e a sus bienes. E si la rescebiesse en juyzio de la vna parte en nome de otro, sobre algund pleyto que ouiesse entre ellos. O si la rescibiessen, tomando tregua de vno, en nome de otro, o sobre otro pleyto semejante (48) destos. Ca maguer ninguno destos sobredichos,

gacion no pudo constituirse á favor del mismo, como queda dicho en la glosa anterior: y á fin de que la indicacion de esa tercera persona no sea un acto inútil se considera como *adjectus solutionis causa*, l. 56, §. 2. D. *de verb. oblig.* donde Jason 1. notab. espone esta razon: si el tercero que no intervino en el contrato pudiese adquirir accion en virtud del mismo, tendriamos que no podria tener efecto la estipulacion concebida á favor de dos personas alternativamente, l. 1. §. 5. D. *de stipul. serv.* y l. 98. §. 7. D. *de solut.* y la razon, segun la Glos. en entrambos testos, está en la incertidumbre, pues que incierto es á cual de los dos la accion deba pertenecer; ahora bien, pudiendo entrambos adquirir la accion, esto es el estipulante y el tercero, á tenor de la citada ley del ordenamiento, la cual habrá corregido á esta de Part., parece que á causa de la incertidumbre será de ningun efecto la estipulacion concebida del modo arriba dicho. Sin embargo, segun Bart. en la l. 9. §. 1. D. *de stipul. serv.*, las leyes citadas que declaran que es nula la obligacion por razon de la incertidumbre cuando pudiera subsistir á favor de cualquiera de las dos personas, se hallan corregidas por la l. 4. C. *de verb. signif.*, donde se dispone que la alternativa entre dos personas se resuelve en conjuntiva, adquiriendo accion entrambas por iguales partes, así en los contratos, como en las últimas voluntades; lo mismo sienta en la l. 45. D. *soluto matrim.* últim. oppo. y en d. l. 4 y allí Bald. y otros, Ang. y Jason en d. l. 56. §. 2. D. *de verb. oblig.* Esto supuesto, atendida la ley cit. del ordenamiento, si uno estipulase para sí y para otro, la accion se dividiria entre los dos por iguales partes; á no ser que constase que se hizo mencion del tercero con el único objeto de poder verificar en él el pago; por ejemplo, en el supuesto de tratarse de una cantidad debida al estipulante tan solo: en este caso el tercero se considera un mero *adjectus solutionis causa*, porque no se cree que dicho estipulante acreedor haya querido hacer una donacion, lo que, en caso de duda, jamás se presume, segun la Glos. y allí Bart. en la l. 131. §. 1. D. *de verb. oblig.* y véase allí d. D. en el vers. *quæro, an ab adjecto possit repeti.* En este y otros casos análogos quedan en pié las leyes que hablan del *adjectus solutionis causa.*

(43) En este caso el *adjectus solutionis causa* es reconvenido por la accion *mandati*, Instit. §. 4. *de inutil. stip.*, donde dice la Glos. que si precedió mandato, ó el *adjectus* estaba presente, habrá lugar á dicha accion; y de lo contrario será reconvenido por medio de la *negotiorum gestorum*, y así opina Bart. en d. l. 131. §. 1. D. *de verb. oblig.*, donde Juan de Imol. dice ser aquella glosa única en la materia.

(44) El religioso en cuanto á las adquisiciones se equipara al esclavo, como lo prueba esta ley, lo dice Bart. en la l. 1. princ. D. *de stip. serv.* y lo nota Inoc. en cap. *cum olim Papa, de privileg.*

(45) Aunque estipule para sí ó impersonalmente, y en general de cualquier modo que contrate, el monasterio es quien adquiere, segun Inoc. en d. cap. *cum olim*, donde puede verse el caso en que adquiere prohibiéndoselo el monasterio, ó habiéndosele espulsado de él.

(46) Añád. Glos. en d. §. 4. Instit. *de inutil. stipul.* y v. Bald. en la l. 17. D. *de adopt.* —* Téngase presente que la ley del ordenamiento permite que uno estipule para otro, aunque el estipulante no sea una persona pública.

(47) Añád. ll. 1. 2. 3. y 4. D. *rem pupil. salv. fore.*

(48) Así pues, en aquellas cosas que son dentro los límites del oficio del juez: por lo que parece aprobar esta ley la opinion de Inoc. en el cap. *dudum, de convers. conjug.*, segun el cual el escribano puede únicamente estipular para otro en materia judicial, mas no en lo estrajudicial. Sin embargo Bald. en d. l. 17. §. 1. D. *de adopt.* quiere que pueda estipular en toda suerte de asuntos, si lo hace como persona pública, lo que en caso de duda se presume. Añád. cap. *quamquam, 2. de usur.* lib. 6., Nov. 118. cap. 5., auth. *matri et auiæ*, C. *quand. mulier tut. offic. fungi* y

en cuyo nome fuesse rescebida la promission, non estouiesse delante quando la rescebio, vale la promission; e puedela demandar aquel en cuyo nome fue fecha, tambien como si el mismo la ouiesse recebida. Porque estos, en cuyo nome toman estas promissiones, son como en poder e en guarda destos officiales atales. E aun, porque estos officiales atales son como sieruos publicos (49) del Concejo do biuen, por razon de las cosas que han de fazer, que pertenescen a su oficio.

LEY 8. *Quales personas pueden rescebir promission por otri.*

Personero del Rey, o del Comun (50) de alguna Cibdad, o Villa, o de alguna tierra, e otrosi el guardador de algund huerfano (51), o el que fuesse dado por guardador de algund loco (52), o desmemoriado; cada uno destos pueden rescebir promission, en nome de aquel cuyo personero es, o cuyo guardador. E vale tal promission, e puedela demandar, tambien aquel en cuyo nome fuesse recebida, como el procurador, o guardador, que la rescibio en nome de aquel. Mas si personero de otro ome qualquier, que non fuesse de ninguno destos sobredichos, rescibiesse promission de otro, en nome de aquel cuyo personero es; como quier que vale la promission, pero non puede demandar aquel en cuyo nome fue fecha, que le de, o quel fagan, lo que es prometido, fasta que el personero que la rescibio por el, le otorgue poder (53), que la pueda demandar. E si por auentura el personero non quisiere (54) otorgar poder, de demandar la promission, a aquel en cuyo nome fue fecha, el judgador del logar lo deue entregar en tantos de los bienes del personero, quanto podria valer o montar, lo que es en la promission. E si fuere tan pobre, que non aya en que entregarse assi como es sobredicho, entonce aquel en cuyo nome fue fecha la promission, puedela demandar, tambien como si el mismo la ouiesse rescebido.

LEY 9. *Como los señores pueden demandar lo que fue prometido a sus personeros.*

Ciertas cosas son en las promissiones que resciben los personeros de algunos, que las podrian demandar aquellos en cuyo nome son fechas; maguer non les otorguen poder los personeros, que las rescibieron por ellos. E esto seria, quando la promission rescibiesse el personero, e estouiesse delante (55) aquel en cuyo nome se fizo; o maguer non estouiesse delante, si la promission es fecha sobre cosa que fuesse suya (56) propria, de aquel cuyo personero es. Assi como sobreloguero de algunas sus casas, o sobre renta de algunas sus heredades, o sobre otra cosa semejantes destas; o si las rescebiesse el personero en juyzio (57), sobre el pleyto que razonasse; o demandasse, o amparasse por el.

LEY 10. *Como puede ser demandada la promission, que es fecha en nome de otri sin carta de personeria.*

Debda de dineros, o de otra cosa, deuiendo vn

allí Bald. y l. 1. §. 15. D. *de magistr. conven.*

(49) Añád. l. 17 al fin, tít. 2. Part. 3, l. 3. C. *de tabul.* y el cap. *quamquam* 2, *de usur.* lib. 6.

(50) Añád. l. 5. §. 9. D. *de constit. pecun.*

(51) Añád. d. l. 5. §. 9. D. *de constit. pecun.*

(52) V. l. cit.

(53) Añád. l. 49. §. últ. D. *de acquir. possess.*; y dice Juan Fab. en el §. 4. Instit. *de inut. stip.* ser justo y equitativo que muerto el procurador sin dejar herederos, se dé al principal la accion subsidiaria, arg. l. 1. C. *de oblig. et act.*: siempre que el principal no puede de otra suerte dejar de salir perjudicado, se le da accion en virtud del contrato de su procurador, l. 13. §. 25. D. *de act. empt.* y ll. 1 y 2. D. *de institor.*; por igual razon cuando el principal es reconvenido judicialmente en virtud del contrato del procurador, puede vice-versa pedir ó reconvenir en fuerza del mismo contrato, sin que sea menester cesion alguna, Bald. en la l. 5. C. *de exercit.* Adviértase que esta ley de Partida y las demás parecidas quedan en pié, no obstante la citada ley del Ordenamiento, en el supuesto que el procurador concibiera el contrato en su nombre sin hacer mencion de su principal, l. 7. C. *si quis alteri vel sibi.* Ahora, si lo concibiese en nombre de su principal, entónces este adquirirá directamente la accion en virtud de la ley del Ordenamiento, y lo mismo tendrémos aunque las palabras obligatorias se refieran al procurador, mientras se refieran al principal las que indican la egecucion: si bien por derecho comun no fuera así, como lo nota Paulo de Castro en la l. 30. D. *de damn. infect.*

(54) Lo mismo tendrémos si está en paises lejanos, ó se oculta, ó ha muerto sin dejar herederos: en todos estos casos compete al principal la accion útil sin necesidad de cesion, ll. 1 y 2. D. *de institor.* y allí Bart. y l. pen. §. últ. C. *ad Trebel.*

(55) Añád. l. 79. D. *de verb. oblig.*

(56) Añád. l. 68. D. *de procurat.*

(57) Añád. l. 6. D. *de prætor. stipul.* y l. 14. D. *si quis caut. judic.*

(58) Añád. l. 38. §§. 20 y 21. D. *de verb. oblig.* y

ome a otro, si este debdor rescibiesse promission de otro, en nome de aquel cuyo debdor es, diziendo assi: Prometedesme, que dedes a fulano tantos marauedis, o tal cosa, que le deuo yo; si el otro respondiere, que si promete, finca porende obligado, e es tenudo (58) porende, de complir la promission. E puedele apremiar este que la rescibio del, que la cumpla; como quier que el otro, en cuyo nome la rescibio, non le podria apremiar, nin le podria demandar, que le compliesse tal promission. E non tan solamente es tenudo de cumplir la promission, mas aun de pechar todos los daños, e los menoscabos, que fizo por razon de que la non quiso complir.

LEY 11. *Como fecho ageno non puede ningund ome prometer.*

Fecho ageno non puede ninguno prometer a otro: este seria, como si alguno dixesse: Prometo, que fulan vos dara tantos marauedis, o vos fara tal obra; o otras cosas semejantes destas. Ca (*d*) por tal promission como esta, si fuesse fecha fuera de juyzio, non es valedera. Fueras ende si prometiesse, que sus herederos farian, o darian alguna cosa; ca entonce valdria. Pero si quando fiziesse el prometimiento, dixesse assi: Yo vos prometo que procurare (59), (*e*) o fare de manera, que fulan vos dara, o vos fara tal cosa; entonce dezimos, que tal promission vale: porque non tan solamente promete fecho ageno, mas el suyo mismo. E por ende, si el otro non lo cumpliere, tenudo seria el (60), de lo cumplir, o de lo pechar con los daños, e los menoscabos, que le viniessen por esta razon. Mas quando el prometimiento de fecho ageno fuesse otorgado en juyzio, assi como si dixesse: Prometovos, que fare a fulan estar a derecho; o que aura por firme lo que vos judgardes sobre este pleyto; o que guardara bien, o terna bien en saluo las cosas de fulan huerfano; entonce, la promission que fuesse assi fecha sobre qualquier destas razones, o otras semejantes dellas, sera valedera contra aquel que la fizo, maguer sea otorgada en razon de fecho ageno.

(*d*) tal promision Acad.

(*e*) et faré Acad.

el §. 20. Instit. *de inutil. stipul.*

(59) Tenemos pues aquí, que el que simplemente promete un hecho ageno, no se entiende haberse comprometido á hacer ó á procurar que se haga; y lo mismo declara el §. 3. Instit. *de inutil. stipul.* Con todo, hoy dia en virtud de d. l. del Ordenamiento, cuando dice: *O se obligo de dar otro, ó de fazer* (cuya letra genuina parece ser esta, no pudiendo leerse, *O que se obligo alguno de dar á otro ó fazer*, atendido que mediante la preposicion *a* resultaria repetirse lo que ya antes se habia espresado) parece que al prometerse simplemente un hecho ageno, deberá subsistir el pacto, entendiéndose que se prometió procurar ó hacer que se cumpliera, dado que las convenciones deben siempre tomarse en aquel sentido segun el cual pueden surtir algun efecto, l. 80. D. *de verb. oblig.* y cap. *Abbate Sancti Sylvani*, 25. *de verb. signif.* El rigor de los antiguos principios, que no permitian subsistiese la estipulacion de hecho ageno, porque no se trataba del interés pecuniario de las partes contratantes, segun la l. 83. princ. D. *de verb. oblig.*; este rigor, digo, ha desaparecido despues de d. l. del Ordenamiento, en virtud de la cual se presume en semejante caso que el promitente quiso sujetarse á hacer por sí mismo ó á procurar que se hiciese; y esta es en realidad su intencion. Hace al caso lo que nota la Glos. en la l. 3 sobre la parte *impossibile* C. *de ædilit. action.* y lo que notan la misma Glos. y Bart. en la l. 5. D. *de duob. reis*, acerca del que promete dar un libro escrito de mano de un tercero, cuya promesa vale, porque el promitente no se refiere á un hecho que ha de verificarse, y si al que supone ya verificado, l. 137. §. 5. D. *de verb. oblig.* Hace tambien al caso, el que la promesa de hecho ageno subsiste cuando se corrobora con juramento, porque parece haber prometido que haria ó cuidaria que se hiciese, segun Abb. en el cap. *ex rescripto*, al fin, *de jurejur.*, siguiendo á la Glos. en la l. 38. princ. D. *de verb. oblig.*; véase Jason en la misma ley, col. 2.

(60) Si hizo cuanto pudo á fin de que el tercero cumpliese lo que él habia prometido que haria, ¿dejará por esto de responder del *id quod interest*, y de la pena si se hubiese estipulado? La opinion general está por la afirmativa, en fuerza de la l. 14. §. pen. D. *ad Leg. Rhod. de jactu*, asi opina Abb. en el cap. *gemma*, *de sponsal.*, y esta dice ser la opinion mas comun Franc. de Aretió en la l. 97. §. 1. D. *de verb. oblig.*; sin embargo, el mismo sostiene la contraria, así como Jason en la l. 38. D. tít. cit. y Socin. consil. 288. cuest. 1. vol. 2.: empero Decio decidió con arreglo á la opinion comun, consil. 313, donde pueden verse algunas escepciones de dicha opinion, cuando contesta á los argumentos de Aret. y Socin., así como en Abb. consil. 43. vol. 1. Adviértase que esta ley de Partidas obsta bastante á la indicada opinion comun.

LEY 12. *Quantas maneras son de promissiones.*

Valederas (61) promissiones pueden ser en tres maneras. La primera es, quando alguno promete a otro, de dar o de fazer alguna cosa, non poniendo y condicion, nin señalando dia, para complir aquello que promete; e esta promission es llamada en latin pura. E la segunda es, quando la promission es fecha a dia señalado; e esta es llamada en latin promissio in diem: e puedese fazer aun tal prometimiento como este, a dia que se non pueda señalar ciertamente; como quier que aquel dia ha de ser en todas guisas. E esto seria, como si el que fiziesse la promission, dixesse assi: Yo vos prometo, que vos den mis herederos, o que fagan tal cosa, el dia que yo finare (62). E como quier que atal dia non se puede señalar ciertamente, a la sazon que el faze la promission; pero señalase el dia que muere: por tal promission como esta fincan los herederos obligados, de aquel que la faze, e son tenudos de la cumplir. E aun dezimos, que podria prometer vn ome a otro, de dar, o de fazer alguna cosa, ante que finasse, a dias contados, o despues; como si dixesse: Prometo de dar, o de fazer tal cosa, diez dias ante que fine, o despues. E por tal promission como esta fincan otrosi obligados sus herederos, e son tenudos de la complir. Fueras ende, si ouiesse prometydo, de fazer la cosa por sus manos (63) mismas, e non por otro. Ca entonce non valdria la promission, si el finasse

(61) Deriva de lo espuesto por Azon en la Suma C. *de contrah. stipul.* col. 2. vers. *stipulatio autem dividitur.*

(62) Es decir, cuando yo muera. Lo mismo tendrémos cuando diga *si muriese, ó despues de mi muerte te daré tal cosa*: entre estas espresiones no hay diferencia, l. 45. §. pen. D. *de verb. oblig.* Y tenemos aqui que semejante promesa no se llama condicional, sino que se la considera como hecha á término, y lo mismo prueba la l. 9. §. 1. D. *de novat.* donde puede verse la Glos. Adviértase que de semejante promesa nace al momento obligacion natural y civil, si bien la exigibilidad se difiere hasta el dia de la muerte, l. 17. D. *de condict. indeb.*, donde se dice que lo prometido para el dia de la muerte, no puede demandarse como indebido, si se paga antes de dicho término; lo que solo puede fundarse en que desde el momento de la promesa ha nacido ya la obligacion natural y civil, pues que de otra suerte podria pedirse como indebido, l. 48. D. *de verb. oblig.* y asi lo sientan Paulo de Castro y Bart. en d. l. 17. D. *de condict. indeb.*, y el mismo Paul. de Cast. Imol. y Socin. en la l. 1. D. *de condict. et demonst.*; no obstante que Bart. en la l. *si ita stipulatus* D. *de verb. oblig.* 2. cuest. principal, sostenga que si es cierto que el dia vendrá, pero se duda cuando, como el de la muerte, la obligacion será condicional; de modo que la accion no nace antes de la muerte, ni aun la obligacion misma; por mas que se tenga por pura en cuanto á la transmision y al efecto de impedir la demanda de la cosa como indebida; si se hubiese pagado, segun d. l. 17. D. *de condic. indeb.* La opinion general está en contra de Bart. y con fundamento: en efecto, apóyase Bart. en la l. única C. *ut act. ab hæred. et contra hæred.* por la que se ve que hay casos en que las acciones empiezan en los herederos: á lo que contestan Juan de Imol. y Socin. en d. l. 1. que una cosa es que yo prometa para despues de mi muerte, en cuyo caso, refiriéndose la sustancia de la promesa al tiempo posterior á mi muerte, no puede nacer obligacion mientras yo viva, de cuyo caso habla d. l. única; y otra cosa es que prometa para cuando muera, ó bien diciendo *te daré tal cosa despues de mi muerte,* en cuyo supuesto la obligacion nace al momento: además de lo que aducen Juan de Imol. y Socin., confirma lo mismo la l. 1. §. 18. D. *de collat.*, donde se dice que la donacion que al hijo emancipado hizo el padre *para cuando muriese*, la trae aquel á colacion, como adquirida durante la vida del padre; al paso que no debiera conferirla, si el padre se la hubiese hecho *para despues de su muerte:* viene en apoyo de lo mismo el que d. l. única no tuvo por objeto decidir el caso de la promesa hecha *para cuando muera*, pues que estaba decidido por las antiguas leyes, como puede verse en las que hemos citado; y si solo tuvo por objeto aquella duda de lo que tambien se trata en la l. 11. C. *de contrah. et commit. stipul.*, á saber, si de la misma manera que la estipulacion *cuando muera ó antes que muera*, deberá valer la que se concibe *para despues de la muerte;* lo que ofrecia grandes obstáculos, atendido que la sustancia de la estipulacion se diferia para una época en que no debia existir sugeto en el cual la obligacion pudiese fundarse; y esta cuestion es la que se decide por las cits. ll. del Código. Por lo dicho resulta evidenciado que la cit. l. única no habla del caso en que uno prometió *para cuando muriese,* lo que se hallaba ya decidido por las leyes antiguas. Téngase esto presente, pues que por mandato de S. M. fuí consultado junto con otros tres individuos del Consejo Real, sobre una cuestion de esta naturaleza, ventilada en una causa de mucha importancia.

(63) Viene en apoyo de esto la l. única §. 9. C. *de caduc. toll.* — * En este caso no habrá contra-

ante que la cumpliesse. La tercera manera de promission valedera es, como quando promete vn ome a otro, de dar, o de fazer alguna cosa so condicion; e esta es llamada en latin promission condicional: e fazese de esta guisa, diziendo assi: Prometo a fulan, de dar, o de fazer tal cosa, si tal naue viniere de Marruecos á Seuilla; o de otra manera semejante desta, que puede ser que se complira la condicion, o non. E aun dezimos, que esta promission condicional se faze en otra manera; como si dixesse el que la faze: Prometo de dar, o de fazer tal cosa, si han fecho Papa a fulan; o en otra manera semejante destas, que pertenezca, o que sea fecha, a tiempo passado. E esta condicion non es de tal natura, como la primera que es del tiempo por venir: porque en esta que es el tiempo passado (64), maguer que aquel que la faze, non sabe si es verdad aquello so que faze la condicion, luego que la faze finca por ello obligado, si es verdad; o si non, finca desobligado. Mas en la otra non es assi; que non puede ser obligado, nin desobligado por ella, fasta que se cumpla (65) lo que señalo. E si acaesciesse que se cumpla aquello que dixo, finca entonce obligado. E si non se cumple la condicion, entonce non vale la promission.

LEY 13. *Fasta quanto tiempo deue ser complida la promission.*

Obligandose vn ome a otro, de dar, o de fazer alguna cosa, en la primera de las tres maneras que diximos en la ley ante desta, que es llamada promission pura; maguer non sea puesto en ella dia cierto (66), o logar, vale tal promission. E el juez del logar deue asmar segun su alvedrio, fasta quanto tiempo seria cosa aguisada, para poder complir lo que prometio, aquel que se obligo. E si entendiere, que tanto tiempo es ya passado, (*f*) de que fizo la promission, que la pudiera (67) auer complida, si quisiesse, deuele apremiar que la cumpla luego, (*g*) fasta tiempo cierto; señalando vn dia cierto, que el touiere por guisado (68), a que faga lo que assi prometio. E si por auentura prometiesse vn ome a otro, de dar o de fazer alguna cosa en logar cierto, non señalando dia a que lo compliesse; si este que fiziesse la pro-

(*f*) des que Acad,

(*g*) ó fasta Acad.

to válido, porque este no se concibe cuando pende de la mera voluntad del deudor el hacer ineficaz la obligacion; ó, mejor, no hay tal obligacion entónces, porque no existe vínculo de derecho.

(64) Añád. ll. 37 y 39. D. *si cert. petat.* y el §. 6. Instit. *de verb. oblig.* — *Los efectos serán los mismos que si la condicion consistiera en un hecho futuro, siempre que el contrato sea unilateral. Cuando el contrato es bilateral, el de compra y venta, por ejemplo, hay en realidad grande diferencia entre el caso en que la condicion se refiere á un hecho presente ó pasado ignorado de las partes, y aquel en que el suceso es futuro é incierto. En el primero, si el suceso resulta cierto, la compra y venta se considerará como puramente contraida desde su principio; y de consiguiente, si la cosa ha perecido, aunque sea antes de saber las partes la existencia del hecho á que se refirieron, la pérdida es para el comprador, el cual, á pesar de este accidente debe pagar el precio; al paso que si la condicion es de futuro, y la cosa perece mientras se aguarda el cumplimiento de aquella, no habrá contrato, por mas que ese cumplimiento tenga lugar, y por lo mismo el comprador no deberá el precio, l. 26. tít. 5. de esta Part.

(65) Añád. l. 213. D. *de verb. signif.* No hay mas que la esperanza en la estipulacion condicional, cuya esperanza transmite el estipulante á su heredero, si muere antes que la condicion se cumpla, Instit. §. 4. *de verb. oblig.* Adviértase que si la estipulacion sucede en lugar de una obligacion intransmisible, entónces no se transmitirá, l. 2. §. 2. D. *pro empt.* y l. 19. D. *de constit. pecun.* Además, limítese el mismo principio de la transmision por lo que dicen la Glos. y los DD. en la l. 48. D. *de verb. oblig.* en la glos. 1. ¿Y si se entrega la posesion antes que la condicion se cumpla, se transmitirá el dominio ó la condicion de prescribir? Véase la l. 2. §. 2. D. *de usucap. pro empt.* y Paul. de Cast. en d. l. y en la l. 1. D. *pro dote.* ¿Qué dirémos si la condicion se cumple en un tiempo en que ni realmente, ni por ficcion de derecho existe la persona en la cual debiera la obligacion radicarse? Véase la l. 5. princ. D. *ut leg. seu fideicom. nom. cav.*

(66) Así pues, cuando no se ha marcado término, la obligacion debe cumplirse al momento, l. 41. princ. D. *de verb. oblig.* — *Sobre el lugar en que ha de ejecutarse el pago, y acerca el tiempo y modo, véase la l. 3. tít. 14. de esta Part. junto con la glos. y adiciones.

(67) Añád. l. 73. princ. y l. 137. §. 2. D. *de verb. oblig.*, l. 2. §. 6. D. *de eo quod certo loco* y l. 13. §. *quæsitum*, D. *de fidejussor.*

(68) En el pacto *de constituta pecunia* el término está demarcado, y es de diez dias, l. 21. §. 1

mission, andouiesse refuyendo maliciosamente, por non complir lo que auia prometido; dezimos que si tanto tiempo fuesse ya passado, que pudiera ya ser ydo a aquel logar, a cumplirlo si quisiesse, deuele apremiar el Juez del logar (69), que lo cumpla alli; maguer non sea fallado en aquel logar, que auia prometido de lo cumplir. E no tan solamente es tenudo de cumplir lo que prometio de dar o de fazer; mas aun dezimos, que deue pechar demas desto, todos los daños (70), e los menoscabos que rescibio el otro, por razon que le non cumplio en aquel logar, lo que le prometio. Pero si aquel a quien fue fecha la promission, rescibiesse (71) de su voluntad del otro, lo que auia prometido de dar, o de fazer; e entonce non le demandassen los daños, nin los menoscabos, nin la pena que fuesse puesta, nin fiziesse enmiente (72) de ninguna destas cosas;

D. *de constit. pecun.*; en las demás convenciones pende del arbitrio del juez segun esta ley, el §. últ. Instit. *de inutil. stipul.*, las ll. 13 y 105. D. *de solut.* y Bart. en la l. 41. §. 1. D. *de verb. oblig.*

(69) No espresa que juez sea este: entiéndase del juez ante el cual el reo pudiera en general ser reconvenido, como lo sienta Azon en la suma C. *ubi conven. qui certo loco dare prom.*, y la Glos. en la l. 1. D. *de eo quod certo loco* y en la l. 16. §. 1. D. *de constit. pecun.*, y esta es la opinion general. Empero, Bart. en d. l. 1. *de eo quod certo loco*, siguiendo á Nicolas de Matha, sostiene la opinion contraria, opinion que fué la de Placent. y que se halla perfectamente apoyada por algunos testos del derecho comun, á saber, por la l. 43. D. *de judic.* y por la cit. l. 16. §. 1. D. *de eo quod certo loco*: sin embargo, sígase la opinion comun; y parece conforme con esta l. de Partidas, las que cuando dicen *el juez del lugar* entienden siempre el juez ordinario ante el cual puede ser reconvenido el reo: cuando no se designare lugar para el pago, el del contrato no constituye fuero especial, si en dicho lugar no tiene el promitente su domicilio, como dije en la l. 32. tít. 2. Part. 3.; véase el testo anotado por Ang. y Bart. en el tít. D. *de solut.* y la l. 3. D. *de bon. auctor. jud. possid.* Si prometió pagar en Sevilla y no cumple ¿podrá el fiador ser reconvenido en el lugar del domicilio del deudor principal? Alber. siguiendo á Guillel. en la l. 8. D. *de eo quod certo loco* está por la negativa; opina que al fiador debe reconvenirsele en el lugar de su propio domicilio ó en otro que sea competente; porque de otra suerte quedaria obligado á contestar la demanda en tres lugares distintos, al paso que el principal queda sujeto respecto de dos únicamente, lo que seria obligarse *in durionem causam*, contra lo establecido por la l. 8. §. 7. D. *de fidejussor.*, añadiendo que prueba lo mismo hasta la evidencia d. l. 8. *de eo quod certo loco vers. neque oportebit.*

(70) Añád. l. 2. § últ. y l. 3. D. *de eo quod certo loco*, y el cap. *dilecti*, 17. *de foro compet.*—*Téngase presente que en los daños y menoscabos no quiere comprender la ley los intereses, si la deuda es de cierta cantidad de dinero; véase la adic. á la glos. 67. del tít. 1. de esta Part.

(71) Añád. ll. 8 y últ. D. *de eo quod certo loco* y en esta Bald. col. 4. Fíjese la atencion en la palabras *de su voluntad* que se hallan en esta ley, las que manifiestan que en el caso que en ella se propone hay remision tácita por parte del acreedor; lo que puede conducir á la resolucion de la cuestion propuesta por Bart. en la cit. l. 1. al fin, á saber, si conservará el acreedor por medio de protesta la accion para pedir los perjuicios, acerca de lo cual véase al cit. Bart.: en efecto, nuestra ley indica, bastante que la protesta conservará aquel derecho, y que recibiendo sin ella la cantidad debida, pierde la accion para pedir los perjuicios ocasionados por la mora; añád. Bart. en la l. 12. §. 1. D. *de verb. signif.* fundado en la l. 4. C. *depos.* ¿Qué dirémos si el marido, al cual por razon de la mora en el pago de la dote, se le debian ya las accesiones de la misma, á tenor del cap. *salubriter*, 16. *de usur.*, recibió la dote sin dichos accesorios? Véase Bald. en la l. últ. §. 1. D. *de jure dot.* col. 2. vers. *adverte*, donde parece concluir, de acuerdo con Pedro, que habiendo desaparecido la deuda principal, no pueden pedirse los indicados accesorios; porque si se demandan, es apoyándose en el oficio del juez, sobre el cual aisladamente no puede estribar juicio alguno, l. 23. D. *de except. rei judic.*; y es notable lo que allí mismo añade Bald., esto es, que al disponer la ley acerca de accesorios no se entiende que induzca obligacion, sino que escita el oficio del juez; alega d. l. 1. junto con la cit. l. 8. D. *de eo quod certo loco*: acerca del que recibe la dote sin la pena en que habia incurrido el deudor á consecuencia de demora, el cual pierde el derecho á dicha pena, véase Socin. consil. 18. vol. 1. col. 2 y 3.: de la misma suerte si el heredero del señor del feudo da la investidura al vasallo despues del año y dia dentro del cual debia este pedirla, se presume haber hecho remision del derecho que le daba la demora del vasallo, á no ser que proteste ó que pruebe haber habido error de su parte, Bald. de acuerdo con la Glos. allí en el cap. 1. col. 2. *quo tempore miles.* Añádase lo que nota el propio Bald. en el §. 1. tít. 55. lib. 2. *de feud.*, acerca el vasallo que en su lugar pone un sustituto inhábil para el servicio de las armas, cuyo sustituto si es aceptado por el señor, queda descargado aquel, arg. l. 52. D. *de judic.* y l. *qui sa-*

dende adelante non gelas podria demandar, maguer la paga non fuesse fecha en el logar do era prometida de fazer.

LEY 14. *Como non puede ser demandada la cosa que es otorgada por promission, fasta que venga el dia, o que se cumpla la condicion sobre que fue fecha.*

A dia cierto, o so condicion prometiendo vn ome a otro, de dar, o de fazer alguna cosa; non es tenudo de complir la promission, fasta que venga aquel dia, o que se cumpla aquella condicion, sobre que fue fecha. E si por auentura muriesse alguno dellos, ante que se cumpliesse la condicion, o que viniesse el dia a que lo deuieran cumplir; los sus herederos (73), de aquel que finasse, fincan en aquella misma manera obligados, para cumplir lo que fue prometido; maguer viniesse la condicion, o el dia, despues de la muerte de qualquier dellos.

LEY 15. *Como deue ser complida la promission, que es fecha en razon de dar, o de pagar en kalendas cada año cosa cierta.*

Calendas (74) son llamadas el primer dia de cada mes. E porque acaesce a las vegadas, que algun ome promete a otro, de dar, o de fazer alguna cosa en Kalendas, non señalando quales; en tal caso como este dezimos, que se deue complir la promission en las primeras Kalendas, que vinieren despues de aquel dia que fizo el obligamiento. Otrosi dezimos, que quando promete algund ome a otro, de darle cada año (75) tantos marauedis, o de fazerle tal cosa, non señalando en que sazon del año; que tal promission se entiende, que deue ser complida en la fin de cada vn año (76). Mas si la promission fiziesse assi; diziendo que le daria, o que le faria aquello que le promete, en todos los años (77) de su vida; entonce se entiende, que deue complir lo que promete, en el comienço de cada vn año. E aun de-

tisdare, D. *qui satis. cog.* Por lo que mira asi el que recibe deteriorada la cosa debida, podrá despues demandar el valor de la deterioracion; véase la Glos. en la l. 7. §. 3. D. *de dolo*, y en particular Bart. en la l. 33. §. 1. D. *de solution.* y Bald. en la const. 1. del *digestum vetus*, §. últ. vers. *item nota*, donde se trata del que recibe de noche un caballo defectuoso.

(72) Luego si protesta podrá pedir los accesorios; véase lo que llevo dicho en la glosa anterior.

(73) Sea de dar, sea de hacer la estipulacion, se transmite activa y pasivamente á los herederos, l. 13. C. *de contrah. et commit. stipul.* y el §. 4. Inst. *de inutil. stipul.*

(74) Los griegos no tenian calendas; de aquí provino el dicho de Augusto Cesar, *ad kalendas græcas*, para significar un suceso que nunca tendria lugar: véase Jason en la l. 46. princ. D. *de verb. oblig.* y Erasm. Apoph. Chil. 1. cent. 5. en el Adag. 84.

(75) Aprueba la opinion de la Glos. en el §. 25. Instit. *de inutil. stipul.*, donde lo contrario decia Juan Fab.: tambien Bart. Alber. y otros en la l. 42. D. *de verb. oblig.* opinaron de distinta manera que la Glos.: dicen allí, que si el término se puso al efecto de multiplicar la obligacion, lo que se presume cuando se espresó en el acto de constituirla, entónces cada pago debe hacerse al principio de cada año, asi en los contratos como en las últimas voluntades; porque se considera que únicamente se tuvo á la mira el provecho del acreedor, y no el dar respiro al deudor: empero, si se trata de una sola prestacion, como si se prometiere pagar cien pesos este año, el término solo puede presumirse en provecho del deudor, y de consiguiente no deberá efectuar el pago hasta que haya transcurrido el año. Sin embargo, esta opinion queda desechada por nuestra ley, la que se conforma con la de la Glos., distinguiendo entre el caso en que se ha prometido dar tal cantidad *cada año*, y la promesa de *dar todos los años.* Adviértase que Azon en la Suma, C. *de contrah. et commit. stip.* col. 3. no admitia diferencia entre estas dos estipulaciones; pero si la establecian Juan y Bulgar, en d. §. 26. Instit. *de inutil. stip.* cuya opinion fué adoptada por esta ley de Part.: y adoptó quizás esta opinion que es tambien la de Acurs. en d. §. porque cuando se promete el pago en cada año, parece que la cláusula tiene por objeto diferir el pago mismo, y de consiguiente es natural que no pueda instarse hasta fin del año; al paso que si se dice *todos los años*, no parece que se haya querido dilatar el pago, así que, se interpretará el contrato del modo mas favorable al acreedor.

(76) Cuyo año se cuenta desde el dia del contrato, como lo indica esta ley y lo prueba la l. 42. D. *de verb. oblig.* Cuando el contrato es de otra especie, por ej., si me vendiste un predio por cien maravedis de oro, que deberán pagarse dentro de un año, contarase este desde la entrega del predio vendido, l. 13. §. 8. D. *de act. empt.*, l. 48. D. *de jur. dot.* Alber. en d. l. 42. y véase lo que dije en las ll. 11 y 12. tít. 11. Part. 4.

(77) Nótese esto por lo que mira al valor de esta locucion usual, *en todos los años.* ¿Y si en vez de *prometo en todos los años de tu vida*, dijere *prometo darte cien pesos mientras vivas*, se entenderá prometida una prestacion anual de cien

zimos (78), que quando algund ome promete a otro, de dar, o de fazer tal cosa, non señalando en que sazon, nin en qual dia; obligandose, que si esto non diesse, o non fiziesse, que pecharia por pena tantos marauedis, o tal cosa; entonce se deue entender, que se puede demandar la pena (79) quando aquel que fizo la promission pudiera dar, o fazer lo que prometio, e non quiso, seyendole demandado en juyzio (80). Mas si la condicion es puesta en el pleyto ante del (h) prometimiento, diziendo assi: Si vos yo non diere, o non fiziere tal cosa, prometo de vos dar, o pechar tantos marauedis; tal condicion como esta, se entiende que se puede alongar, fasta el dia de la muerte de aquel que fizo la promission; o fasta aquel tiempo, que la cosa prometida non parece, por muerte, o por que es destruyda, o perdida. E de aquel dia en adelante puede ser demandada la pena.

(h) prometimiento de la pena, Acad.

LEY 16. *Del prometimiento que es fecho so condicion, quando se deue complir* (84).

La condicion, quando es puesta en el pleyto ante del prometimiento de la pena, diximos en la fin de la ley ante desta, que se puede alongar, en todo el tiempo de la vida de aquel que faze el prometimiento. Pero casos (82) y a, que non seria assi. El primero es, quando la promission se faze de vna cosa a dos omes, a cada vno dellos apartadamente en vna manera; como si dixesse el vno: Si non diere a fulan tal mi viña, prometo que la de a ti; e dixesse esso mismo al otro despues: que si non diere a fulan tal mi viña, prometo que la de a ti: ca si alguno dellos le demandare en juyzio aquella cosa quel prometio, deuegela dar. E maguer el otro le quisiesse mouer pleyto sobre ella, non es tenudo el que la assi prometio, de responderle. Mas ante dezimos que la deue dar en todas guisas, a aquel que primeramente (83) començo el pleyto sobrella por

pesos, ó bien esta cantidad entregada poco á poco al estipulante en el decurso de su vida? Véase Bart. en la l. 56. §. 5. D. *de verb. oblig.* vers. *quæro promitis*, donde distingue entre el caso que el estipulante es rico, y aquel en que es pobre; y su opinion es jeneralmente recibida. Acerca de si en el supuesto que se daban cien pesos por una sola vez, podrá pedirse por entero esta cantidad, ó si deberá demandarse por partes, véanse Ang., Juan, Paul. y Raph. Cumm., quienes están á favor de la demanda del total, fundados en la l. cit.; empero Bart. está por lo segundo, y con él conviene allí Alex. y la Glos. en la l. 19. D. *de ann. leg.*; la opinion de Ang. parece la mas fundada y equitativa. Adviértase que segun esta ley, lo mismo es decir *prometo darte tal cantidad cada uno de los años de tu vida*, que, *prometo darte tal cantidad durante todos los años de tu vida*, y téngase esto presente al leer lo que dice Bart. en la cit. l. 56. §. 5. D. *de verb. oblig.*

(78) Hase tomado esto de la l. 115. D. *de verb. oblig.*

(79) A propósito dice *la pena*, pues que la deuda principal puede ser demandada al momento, l. 13. princ. de este título y lo que en ella dije.

(80) Lo mismo tendremos si se le constituye en mora de otra suerte que por medio de interpelacion judicial, segun Bart. y los mas de los DD. en la l. 115. D. *de verb. oblig.* y el mismo Bart. en la l. 14., C. *de pactis*, y en la l. 5. C. *de contrah. stip.*; si bien la contestacion del pleyto, segun él, producira el efecto de hacer inemendable ó *inpurgable* la mora. No puede desconocerse que esta ley parece exigir que medie la contestacion del pleyto sobre la deuda principal, para que haya lugar á exigir la pena; esto no obstante, estese á lo que llevo sentado, pues que el caso de la contestacion del pleyto indicado por la ley, no escluye los demás modos con que el deudor puede constituirse en mora al efecto de caer en la pena, mayormente despues de la ley del ordenamiento que corta las cuestiones que se sucitaron sobre d. l. 5. C. *de contrah. stip.* donde pueden verse la Glos. y Bart. y Jason en d. l. 115. D. *de verb. oblig.* col. 13 y 14; ¿y de esta estipulacion penal resultará la novacion de la obligacion primitiva? esta es cuestion harto difícil, siendo varios los pareceres acerca la verdadera inteligencia de la l. 44. §. últ. D. *de oblig. et act.* y de la l. 28. D. *de act. empt.*: véase Bart. en d. l. 115. desde la col. 11. hasta la 15., á Alber. en la 15 y 16, y á Jason desde la 15 hasta al fin; advirtiéndose que la opinion de Bart. es la mas recibida, segun Jason en la col. 16.; véase tambien la l. 35. de este tít. —* En la ley 35 de este tít. hallamos espresamente establecido que la cláusula penal no induce novacion, sino que el deudor debe pagar la pena ó cumplir lo prometido, á eleccion del acreedor.

(81) Trae esta ley su orígen de las ll. 9. y 115. §. 2. D. *de verb. oblig.*, de la l. 16. §. últ. D. *de fidejussor.*, de la l. 1. §. 8. D. *ad leg. falcid.* y de la l. 17. §. 1. D. *de manum. testam.*

(82) Hase tomado el contesto de esta ley de lo que dice Azon en la suma C. *de contrah. et comstipul.* col. pen. vers. *sed excipitur*, y de la Glos. en la l. 115. D. *de verb. oblig.* sobre la palabra *spondes.*

(83) Trae su orígen de la l. 9. D. *de verb. oblig.*:

demanda, e por respuesta. E el segundo caso es, si vn ome entrasse fiador a otro, diziendo assi: Si fulan non vos diere tantos marauedis, prometo que vos los dare yo. Ca si aquel que rescibe promission, demandare en juyzio al debdor quel pague aquellos marauedis, e non gelos quiso pagar; de alli adelante sera obligado el fiador por la promission quel fizo, e deuelos luego pagar. El tercero caso es, si alguno dize assi en su testamento (84): Si mio heredero non diere a fulan tal heredad mia, o tal cosa, mando que le peche tantos marauedis, o que le de tal cosa. Ca si el heredero, despues de muerte del fazedor del testamento, puede dar aquella cosa, e non la dio; de alli adelante puedele el otro demandar por juyzio, que gela de, o quel peçhe la pena que fue puesta sobre ella. El quarto caso es, si algund ome dize en su testamento (85): Si fulan, mio sieruo, no fuere a tal logar, o non fiziere tal cosa, mando que sea libre: ca luego que aquel sieruo pudiera (86) fazer aquella cosa que le defendio, e non la quiso fazer, finca libre.

LEY 17. *Del prometimiento que es fecho so condicion, e a dia señalado.*

A dia cierto, so condicion prometiendo vn ome a otro, de dar, o de fazer alguna cosa; maguer se cumpla la condicion, non es tenudo por esso el que fizo la promission, de la cumplir si non quisiesse, fasta que venga el dia (87) que señalo, a que la cumpliesse, o la deue complir. Otrosi dezimos, que si alguno pusiere condicion, con prometimiento que fiziesse a otro, de dar,

la perplexidad impide por lo general el nacimiento de los derechos como se ve en los juicios, l. 54. D. *de judic.* y lo anotado en ella, y Bald. en la l. 14. C. *de sentent. et interloc. omn. judic.* Vicia tambien la institucion de heredero, l. 16. D. *de condit. instit.*: sin embargo, si la perplexidad se originare contra la voluntad del testador, tendrá esta efecto, l. 88. princ. D. *ad Leg. Falcid.* y allí Bart. y Paul. de Castr.

(84) Esto es peculiar de las últimas voluntades, segun esta ley, la l. 1. §. 8. D. *ad Leg. Falcid.* y la l. 115. §. 2. D. *de verb. oblig.* vers. *Sabinus,* col. 7.

(85) Esto es tambien peculiar de las últimas voluntades, segun esta ley, la l. 1. §. 8. D. *ad Leg. Falcid.* y la l. 115. §. 2. D. *de verb. oblig.* vers. *Sabinus*, y allí Bart. col. 7.

(86) Añád. l. 17. §. 1, D. *de manum. testam.*: esto es especial en gracia de la libertad, de la misma manera que los demás beneficios que se le dispensan, como dije en la l. 4. tít. 5. Part. 3.

(87) Trae esta ley su oríjen de la l. 8. D. *de verb. oblig.*; entiéndase en el supuesto que el término ó dia estuviese inherente á una condicion válida y dependiente del hecho de promitente, como en el caso de d. l. 8.: si la condicion consistiese en hecho negativo de parte de un tercero, entónces así que consta no poder verificarse semejante hecho, la obligacion nace, como en el caso de la l. 10. D. *de verb. oblig.*, y esta fué la opinion de Joan. en d. l., opinion generalmente adoptada por los DD. Empero, adviértase que no distinguiendo en ese punto esta ley de Part. parece aprobar la opinion de Azon en la Suma C. *de contrah. stipul.* col. pen. vers. *ubi etiam in stipulatione* y en la Glos. á d. l. 10., á saber que, ya penda del promitente, ya de un tercero, ya del acaso el cumplimiento de la condicion, debe esperarse que cumpla el término, si fué puesto junto con la condicion; y si bien, segun él, faltando la condicion puede al momento pedirse la cosa prometida, aunque no haya venido el dia, con todo obstará la escepcion de equidad, puesto que en la estipulacion se habia fijado término; esta opinion, es muy razonable, atendido que en caso de duda se considera el dia en beneficio del promitente, al efecto de diferir el pago; y esta parece ser la intencion verdadera de nuestra ley, segun lo manifiestan sus mismas palabras, y así deberémos juzgar, diga lo que quiera en oposicion Bart. en d. l. 115. D. *de verb. oblig.* col. antepen. vers. 4. *circa prædicta.* Sin embargo, por lo que mira á las limitaciones de esta ley y para la inteligencia de la materia, véanse Bart. y los DD. en la ley 124. D. tít. cit., donde Bart. distingue entre la pena legal y la convencional y cita el cap. *commisa, de elect.* lib. 6., distincion á la que parece oponerse la cit. l. 115. princ. donde se pone el caso de haberse prometido cierta cantidad si dentro cierto tiempo no era entregado Estico, y decide que debe esperarse el vencimiento del plazo.—*La ley dice: *A dia cierto, so condicion prometiendo*, etc.: tomadas estas palabras en su sentido riguroso, deberémos concretarlas al caso en que haya término y condicion, de modo que el primero no forme parte de la segunda; por ej. se prometió dar mil pesos dentro de un año, si la nave llegaba del Asia; y no podrá la ley aplicarse á las promesas en que el término es circunstancia de la condicion misma, como si se hubiese dicho, *te daré mil pesos si dentro un año la nave llega del Asia.* Esta distincion, á mas de estar conforme con la letra de la ley, es quizás la que mas puede acercarnos á la verdadera intencion de los contrayentes: en efecto, si se fijó un término dentro del cual la condicion debia cumplirse, es claro que no fué la intencion de las partes diferir la obli-

o de fazer alguna cosa, que si la condicion es de tal manera, que conuiene en todas guisas, que (*i*) segund curso de natura, que non venga; que luego que es fecha la promission desta guisa, finca por ello obligado el que la faze. E esto seria, como si dixesse: (*j*) Si no tanxeres (88) con el dedo al Cielo, prometote de dar, o de fazer tal cosa. Ca pues cierta cosa es, que ningun ome, segun curso de natura, (*l*) podria esto fazer, finca (89) porende obligado el que faze la promission. Esso mismo dezimos que seria de las promissiones, que los omes fazen so otra condicion qualquier, que fuesse semejante destas.

LEY 18. *Como, si se muere, o menoscaba la cosa que vn ome promete de dar a otro, non es tenudo de la pechar.*

Cosa señalada (90) prometiendo vn ome a otro de dar, o de fazer a dia cierto (91), si la cosa se muriesse en ante del dia, de su muerte natural, sin culpa (92) del que faze la promission, non es

(*i*) sea segunt curso de natura, que luego que es Acad.

(*j*) Si tangieres Acad.

(*l*) non podrie Acad.

gacion, y sí modificar la condicion, introduciendo como circunstancia indispensable el que su cumplimiento se verificase en tal época; de consiguiente, cumpliéndose antes de finir el plazo marcado, la obligacion deberá hacerse efectiva al momento: al paso que si el término afecta directamente á la obligacion, la intencion del promitente fué sin duda, que antes de su vencimiento no pudiese sujetársele al pago, aunque la condicion se hubiese cumplido: este es el caso de la ley, esto es aquel en que se promete á dia cierto, so condicion.

(88) Cuando se dice afirmativamente, *si llegares con la mano al cielo*, semejante condicion imposible vicia el contrato, y no hay obligacion, l. 7. D. *de verb. oblig.* y el §. 11. Instit. *de inutil. stipul.* Cuando la condicion sea negativa en los términos de esta ley, el contrato será válido y el promitente resultará desde luego obligado, atendido que el cumplimiento de la misma es necesario, l. 8. D. *de verb. oblig.* la que concuerda con esta de Part.—* Segun el testo de la Academia la condicion imposible no viciará el contrato, sino que se considerará como no escrita, de la misma manera que en las últimas voluntades. Por respetable que sea la autoridad de la Academia, su leccion no puede fácilmente sostenerse. En primer lugar tendríamos, que la cláusula que sigue á continuacion, seria una mera peticion de principio; viniendo á parar la disposicion á lo siguiente: si se ha prometido bajo condicion imposible, el promitente queda obligado porque la condicion es imposible: al paso que leyendo con Greg. Lopez, *sino tanxeres,* la cláusula que sigue contendrá la razon porque queda al momento obligado al promitente; á saber, porque la condicion no puede dejar de cumplirse. En segundo lugar, si fuese genuino el testo de la Academia, resultaria haberse separado los copiladores de las Partidas, de uno de los principios mas generales y sabidos del derecho romano, principios que han seguido con la mayor escrupulosidad, á menos de ser inducidos á error por alguno de los glosadores, lo que no era posible en este punto: y de otra parte en el tít. 4. de la Part. 6. vemos esta conformidad por lo que mira á las condiciones imposibles puestas en las instituciones de heredero y en las mandas. Por último, el testo de Greg. Lopez debe merecer preferencia, á tenor de la Real órden que aprobó el de la Academia.

(89) Pues que el que promete so condicion que necesariamente ha de existir, parece prometer puramente, l. 9. §. 1. D. *de novat.*, l. 213. D. *de verb. signif.* y d. l. 8. 2. respons.

(90) Dice *cosa señalada*, porque cuando no es determinada y si indicada bajo un nombre genérico, perece por el deudor, l. 30. §. 5. D. *ad Legem Falcid.*, lo mismo si se debe cierta cantidad, l. 11. C. *si cert. pet.*; sin embargo, cuando la cosa designada bajo nombre genérico, lo fuere con relacion á cierta especie, y perece antes que el deudor se haya constituido en mora, queda libre de la obligacion, l. 31. D. *locat.*; así como en el supuesto que si bien la obligacion es de una cosa indeterminada de cierto género, está *in solutione* cierto individuo del mismo; hace al caso la l. 26. §. 2. y l. pen. §. pen. D. *de noxal.* y lo notan la Glos. magistral á la l. 2. C. *de resc. vend.* y Ang. en la l. 24. D. *de verb. oblig.*

(91) El vencimiento del plazo equivale á la interpelacion del acreedor, l. 12. C. *de contrah. stipul.* y véase lo que digo en l. 8. tít. 14. de esta Part. Sobre el caso en que el dia es incierto, véanse Bart. y los DD. en la l. 115. D. *de verb. oblig.* 2. cuest. principal. Para la mejor inteligencia de la regla sentada y de sus escepciones véase Jason en la l. 23. D. tít. cit. col. 3. y 4. En cuanto á si por el mero hecho de cumplirse la condicion quedará constituido en mora el deudor, véase Bart. en d. l. 115. quien en la col. antepen. está por la negativa.

(92) Estará en culpa si mata el siervo que habia prometido entregar, y si cayendo dicho siervo enfermo descuida su curacion, l. 91. princ. D. *de verb. oblig.* y en ella Bart.

tenudo de la pechar, nin de dar ninguna cosa por razon della; mas si muriesse despues del dia que deuiera ser dada: entonce seria tenudo, del pechar la estimacion de la cosa. E si quando la cosa señalada que prometiesse alguno a dar, non dixesse ciertamente, en qual dia gela daria; si despues desso gela pidiesse (93) el otro á quien fue prometida, pidiendogela, e non gela quisiesse dar, pudiendo lo fazer (94), dezimos, que si muriere la cosa despues, de su muerte natural, que es tenudo de la pechar. Pero si se muriesse en ante (95) que el otro gela demandasse, entonce non seria tenudo el que la prometio, de darle niguna cosa por ella.

LEY 19. *Si aquel que promete la cosa, la mata, como es tenudo de la pechar.*

Cierta cosa prometiendo de dar vn ome a otro, si despues desso la matasse (96), tenudo seria de la pechar; fueras ende, si lo fiziesse con razon derecha. E esto seria, como si aquella cosa señalada, que ouiesse prometido de dar, fuesse sieruo, e despues lo fallase con su muger, o con su fija; o fallasse quel auia fecho otro yerro alguno semejante destos, por que lo ouiesse a matar con derecho (97): entoncé non seria tenudo de pechar por el ninguna cosa.

LEY 20. *De que cosas se puede fazer el prometimiento.*

Qualquier cosa que sea en poder (98) de los omes, e acostumbrada de enagenarse entre ellos, puede ser prometida. E esso mismo seria de las cosas que aun non son nascidas; asi como de los frutos de alguna viña, ó huerta, o de campo, o el parto de alguna sierua, o el fruto de algunos ganados, o de otra cosa semejante destas. Ca maguer non sea nascida aun qualquier destas cosas sobredichas, quando fazen la promission sobre ella; porque puede ser que nascera (99), vale la promission, e es tenudo de la complir el que la faze, luego que fuere aquel fruto, o el parto de aquella sierua, en el estado (100) que se pueda

(93) Aunque sea estrajudicialmente, como lo advierte la Glos. en la l. 122. §. 3. D. *de verb. oblig.* Sin embargo, cuando se trata de aquello que solo puede pedirse implorando el oficio del juez, la interpelacion debe ser judicial, l. 44. princ. D. *de damno infect.* y allí Bart.; y véase Jason d. l. 23. D. *de verb. oblig.* donde espresa otras escepciones.

(94) Tenemos aquí que la dificultad en el cumplimiento libra al deudor de los efectos de la mora: lo mismo hallamos en la l. 5. D. *si cert. pet.* donde puede verse Bart. col. pen.: añád. ll. 39. y 47. princ. D. *de legat.* 1., y Bart. en la l. 137. §. 4. D. *de verb. oblig.* col. últ. De la misma suerte puede quedar libre de los efectos de la mora el que ha contraido obligacion de hacer, l. 10. §. 1. vers. *item juris* D. *ad leg. Rhod. de jactu.* y esta es opinion de todos los DD. en d. l. 5. D. *si cert. pet.* Por lo que mira al deudor de cierta cantidad varian las opiniones, sobre las que véase Alex. en d. l. 5.; y la dificultad nace de la l. 77. D. *de verb. oblig.* y del cap. *significante* 7. *de pignor.* En este punto hallo ajustada la opinion de Juan de Imol., el cual en d. l. 137. §. 4. col. últ. dice, que si el deudor de cierta cantidad hizo cuanto pudo para verificar el pago, y se lo impidió un accidente que no podia evitar, quedará irresponsable de la mora; por lo menos cuando el obstáculo proviene de un sugeto contra quien no compete accion al deudor, como lo nota Abb. en el cap. *brebi, de jurejur.*, con lo que está conforme Alex. en d. l. 5., así como Decio en dicho lugar al fin, á quienes véase. Téngase presente la decision notable de Juan de Imol. en d. l. 137. §. 4., á saber, que en el supuesto de librar de la mora la dificultad que se atraviesa para el cumplimiento, debiera ser tal esa dificultad que se pareciese al caso fortuito, l. 21. §. 3. D. *de noxal.* y l. 91. princ. D. *de verb. oblig.* y véase lo que digo en la l. 37. de este tít.—*Adviértase, que si despues de haber caido el deudor en mora, el acreedor estuvo en mora de recibir, es decir, si habiéndosele ofrecido el pago, no quiso aceptarlo, quedará libre el primero, caso que la cosa pereciere, l. 27. tít. 5. de esta Part.: la última mora es la que perjudica.

(95) Añád. l. 23. D. *de verb. oblig.*

(96) Añád. l. 23. D. *de verb. oblig.*, ¿y qué dirémos si dió la libertad al esclavo que habia prometido? véase la l. *si servum Stichum*, D. tít. cit. y allí Bart.

(97) Véase la l. 9. tít. 22. Part. 4. y lo que allí dije.

(98) Hállase esto conforme con el princ. Instit. *de inutil. stipul.*, con lo que dice Azon en la Suma C. *de contrah. stip.* vers. 1. y con las dos ll. siguientes.

(99) Vale pues la promesa que tiene por objeto el parto de esclava ó ganado, ó bien los frutos que han de nacer aun, segun esta ley, las ll. 53. princip. y 83. §. 5. D. *de verb. oblig.* y la l. 39. §. 1. D. *de contrah. empt.*: por lo que mira á quien debe recoger dichos frutos, si es el deudor ó el acreedor, y á quien corresponda soportar los gastos de la cosecha, véase Bart. en la l. 38. D. *de usufruct. legat.*

(100) No cumplirá dando los frutos antes de madurar, arg. l. 27. §. 25. D. *ad leg. Aquil.*, á no

dar. Pero si el fruto, nin parto, non saliesse (101) de aquella cosa que señalo, sobre que fizo la promission, entonce non seria tenudo de la complir. Fueras ende, si el fiziesse alguna cosa maliciosamente (102), por que non nasciesse. Ca entonce tenudo seria de la pechar, por el engaño que fizo.

LEY 21. *De quales cosas non puede ser fecha promission.*

Promissiones fazen los omes entre si, que non son valederas. E esto seria, como si vn ome prometiesse a otro, de dar, o de fazer tal cosa, que nunca fue (103), nin es, nin sera. Otrosi dezimos, que si vn ome prometiesse a otro de dar, o de fazer tal cosa, que non pudiesse ser segund natura, nin segund fecho de ome; como si dixesse: Darte he el Sol, o la Luna; o fazerte he vn monte de oro (104); tal promission, nin otra semejante della, non valdria. E aun dezimos, que si vn ome prometiesse a otro, de dar alguna cosa cierta, assi como cauallo, o otra cosa semejante, que fuesse ya muerta (105) quando fizo la promission; dezimos, que tal promission non vale, nin es tenudo de dar aquella cosa, nin otra ninguna por razon della.

LEY 22. *Como las cosas sagradas, e santas, non pueden ser prometidas; nin Christiano puede ser prometido a ome de otra Ley.*

Sagrada cosa, nin santa, nin religiosa, nin ome libre por sieruo, non puede ningun ome prometer de dar (106) a otro. Mas la promission que fuesse fecha sobre alguna destas cosas, nin sobre otra semejante dellas, non vale. E aun dezimos, que maguer alguna destas cosas sobre dichas, despues que fueren prometidas, viniessen a

ser que fuere mas útil cogerlos verdes, l. 42. D. *de usufruct. legat.*: sin embargo, en esto de coger los frutos antes de tiempo es preciso atender á la costumbre del pais, segun Bald. en la l. 5. C. *de usufruct.* ¿Y qué dirémos si el deudor quiere entregar el parto de la esclava ó yegua antes de terminar la lactancia? Parece que está en su derecho, y aunque lo verifique al instante en que sale el feto, l. 53. y l. 83. §. 5. D. *de verb. oblig.* y l. 39. §. 1. D. *de contrah. empt.*; y parece ciertamente injusto que se precisara al promitente á que se constituyese procurador del acreedor, apacentando los corderos por algunos meses, y haciendo criar el niño que parió la esclava, arg. l. 67. §. últ. D. *ad Trebell.*, l. 11. §. 12. D. *de legat.* 3., y l. 7. C. *de erog. milit. annon.* Sin embargo, parece será menester, y que bastará que el becerrito ú cordero permanezca al lado de su madre de suerte que ya no pueda peligrar su vida, ll. 32 y 39. D. *de solut.*, l. 38. §. 16. D. *de verb. oblig.* y allí la Glos. y esto mismo dice Oldral., tratando del pago del diezmo del ganado, consil. 236. En cuanto al niño que ha parido la sierva, deberá ser criado por ella, á lo menos á espensas del acreedor, interin este busca nodriza, lo que se puede fundar en aquellas palabras de esta ley; *en el estado que se pueda dar.*

(101) Entiéndase de los frutos de aquel año en que se celebró el contrato: si en dicho año ningun fruto se coge, queda libre el promitente, aunque los cogiere en los posteriores, l. 8. D. *de contrah. empt.* y l. 1. al fin D. *de condit. et demonstr.*; y así lo deciden Bart. y otros en la l. 83. §. 5. D. *de verb. oblig.* Lo dicho no tiene lugar cuando se ha prometido cierta cantidad de frutos, d. l. y allí Bart. distinguiendo en este punto: véase la distincion que hace. — * Y se entiende absoluta la promesa, cuando el predio se ha nombrado, mas bien para fijar la calidad de los frutos, ó para indicar el medio de cumplimentar la obligacion, que para hacerla condicional, lo que se deducirá de las palabras del contrato.

(102) Añád. d. l. 8. D. *de contrah. empt.* y d. l. 83. §. 5 D. *de verb. oblig.*

(103) Un hipocentauro, por ej., el cual no puede existir, Inst. princ. *de inutil. stipul.*, jamás se ha visto un animal producto de una yegua y un toro, ni viceversa, como dice Azon, suma C. *de contrah. stipul.* col. 1. San Isidoro en el lib. 11. de las Etimologías, cap. *de portentis*, citado por Juan Fabro en el princ. Instit. *de inutil. stipul.*, dice que el centauro es un conjunto de hombre y caballo, que jamás ha existido semejante ser, y que esa idea imaginaria proviene de que los ginetes de Tesalia parecian en accion formar un solo cuerpo con el caballo; de la Sirena y de Scyla dice tambien que fueron objetos imaginarios.

(104) Véase lo que dije en la l. últ. tít. 4. Partida 4ª.

(105) Limítese esto por lo que se espresa en la cit. l. 83. §. 7. D. *de verb. oblig.* — * Para el caso que la promesa no fuese puramente gratúita, véase la l. 14. tít. 5 de esta Part.

(106) Muy á propósito dice *dar* esta ley, pues que si se prometiese la entrega, la estipulacion será válida, segun la Glos. en el §. 1. Instit. *de inutil. stipul.*, donde Juan Fabro dice, que si la estipulacion acerca de semejantes cosas se interpone en virtud de causa onerosa, tendrá derecho á la reparacion de perjuicios el estipulante

tal estado (107), que pudiesse ser fecha promission della otra vez; como si fuessen fechas seglares, cayendo en poder de legos; o el ome libre se tornasse sieruo por alguna ocasion; con todo esto non valdria la promission, pues en el tiempo que fue fecho el prometimiento sobre ellas primeramente, eran de tal natura, que se non podrian prometer. Otrosi dezimos, que ningun Christiano non puede prometer a Judio, nin a Moro, nin a otro ome que non sea de nuestra Ley, quel dara otro Christiano en su poder, por sieruo (108). Ca la promission que fuesse fecha sobre tal cosa, con pena, o sin pena, non valdria. Mas si Judio, o Moro prometiesse de dar a Christiano otro Christiano que fuesse sieruo, o que se obligasse a pena sobre esta razon, valdria la promission, e es tenudo de la cumplir.

LEY 23. *Como, quando algun ome ha dos sieruos que han vn nome, e promete, de dar alguno dellos, que es en su escogencia, de dar qual se quisiere.*

Vn nome señalado han a las vegadas dos sieruos, o mas, que son de vn señor. E acaesce, que aquel cuyos son, promete a otro de dar el vno dellos, nombrandolo, e non lo señalando por las faciones del su cuerpo, nin por menester si lo sopiesse. E quando tal promission como esta fuesse fecha, dezimos, que en su escogencia (109) es, del que fizo la promission, de darle qualquier de todos aquellos que han vn nome. E esso mismo dezimos que seria, si vn ome prometiesse a otro, diziendo assi: Prometo que vos de tal cosa, o tal; ca en su escogencia es, de darle qual quisiere (110) dellas, mientras que fueren biuas. Mas si muriesse la vna, estonce tenudo seria, de darle la que fincasse biua (111).

de buena fe; pero no cuando se interpuso en virtud de causa lucrativa. — * La cosa que está escluida del comercio de los hombres, debe equipararse, por lo que mira á las convenciones, á la que no existe cuando las partes contratan; de consiguiente le es aplicable á la primera la disposicion de la l. 14. tít. 5 de esta Part.

(107) Añád. d. l. 83. §. 5. D. *de verb. oblig.* y el §. 1. Instit. *de inutil. stipul.* Hace al caso el que si el testigo era inhábil al tiempo de la deposicion, esta no tiene fuerza legal, aunque dicho testigo se vuelva despues idóneo, Bald. en la l. 8. C. *de testib.*: de la misma suerte los actos celebrados por el escomunicado, no se revalidan por mas que sobrevenga la absolucion, Bald. en la l. 6. C. *de suis et legit. liber.*: donde puede verse si el testamento del usurario manifiesto adquiere fuerza legal por haberse prestado caucion posteriormente: en virtud de los mismos principios tampoco adquiere validez el testamento nulo en su principio, aunque cese despues el impedimento, Bald. en la l. cit.: por fin á los mismos principios se refiere la cuestion, si el quitamiento que dió el hijo al deudor paterno antes de haber sucedido dicho hijo á su padre, adquirirá fuerza legal viniendo á verificarse la sucesion; sobre cuya cuestion véase Bart. en la l. *si filius, D. de solut.*; y sobre esta materia son notables las decisiones de Abb. en el cap. *cum ex officii, de præscription.* col. pen. al fin.

(108) Añád. l. únic. C. *ne Christian. mancip.*, la Glos. y los DD. en la l. 34. D. *de verb. oblig.* y la l. últ. tít. 21. Part. 4.

(109) Añád. l. 38. §. 18., l. 106. D. *de verb. oblig.* y la Glos. en el. §. 23. Instit. *de inutil. stipul.* De la misma manera cuando la citacion es ambigua, el juez puede declarar de que sugeto entendió hablar, segun Bald. en la l. 4. C. *de fruct. et lit. expens.*: si la ambigüedad recae sobre la persona que pidió la citacion, se presume á favor de aquella que tiene en su poder el libelo, cap. últ. *de rescriptis*, y allí Abb. 1. notab., añad. Bald. en las adiciones al Specul. tít. *de appellatio.* col. 12. vers. *sed quæro quid si generaliter*, donde dice, que si se ha mandado citar á Ticio, y hay dos de este nombre, la citacion se entiende dirigida á aquel, al cual se ha presentado el libelo; si no ha habido presentacion de libelo, sino que la citacion se ha verificado por pregones, ninguno de los sugetos se entiende citado, si por su contenido á entrambos podia dirigirse, l. 79. D. *de judic.*; ahora, si á uno solo podia la citacion dirigirse, por ser él el único que celebró el contrato de que se trata, ó que cometió el delito que se persigue; dicho sujeto se entenderá citado, pues que de él pensó el juez, y que ya pudo presumir que á él se dirigia el emplazamiento, l. 20. D. *de except. rei judic.*; así es que sobre el mismo sugeto se entiende recaer la sentencia, l. 8. §. 3. D. *de legat.* 2; y de esta suerte dice haberse juzgado en Florencia. Añádase lo que dice el mismo Bald. en d. l. 8. §. 3, y téngase esto presente por lo que mira á nuestras leyes que mandan se cite por medio de pregones al delincuente: véase tambien el dicho notable de Bart. en la l. 83. §. 1. D. *de verb. oblig.* y allí los DD., y Bald. en la l. 8. C. *qui testam. fac. poss.* col 2.

(110) Añád. l. 105. D. *de verb. oblig.* y la regla 70. *de reg. jur* lib. 6.

(111) Añád. l. 95. princ. D. *de solution* y véase allí la distincion de Bart.; y adviértase que en el supuesto de ser del deudor la eleccion y de perecer uno de los objetos, antes que ella tenga lugar, quiere que esté en su mano entregar la

LEY 24. *De las promissiones que los omes fazen de muchas cosas ayuntadamente, o con departimiento.*

O, e E, son dos letras (112), que fazen gran departimiento en los pleytos, e en las promissiones que son puestas. Ca la O departe, e desayunta las cosas que son prometidas. E esto seria, como si aquel que faze la promission, dixesse al otro a quien la faze: Prometo, de vos dar vn cauallo, o vn mulo. Ca entonce es tenudo de darle vno dellos (113), qual el quisiere, e non mas. Esso mismo seria en todas las otras promissiones, que fuessen fechas en esta manera, de qualquier cosa. E la otra letra, que dizen E, ayunta (114) las cosas que son nombradas en la promission. E esto seria, como si dixesse vn ome a otro: Prometesme, de dar vn cauallo, (m) e una mula. Ca si el otro dixesse simplemente, Prometo; vale la promission en todo. Mas si el respondiesse, quel daria la vna tan solamente; en aquello que otorga valdria la promission, e non en la otra.

LEY 25. *De la cosa que es prometida de dar, o de pagar, en vna de las Villas que ouiessen vn nome.*

Villas y ha algunas, que tal nome han las vnas, como las otras. E porende dezimos, que si algun ome promete de dar a otro alguna cosa a dia cierto en lugar señalado, nombrandolo; e ouiesse otra Villa, o Lugar, que fuesse assi llamado, como aquel que ha nome, assi como Cartagena (115) en España, e otra que ha en Africa; o como Carmona, que es en España, e otra que ha en Lombardia; si acaesciesse que las partes ouiessen desacuerdo entre ellos, entendiendo el vno, que la promission era a cumplir en vn lugar, e el otro en el otro; si aquella Villa, que es mas lexos, es tan lueñe del lugar do fue fecha la promission, que non podria llegar (116) alla a cumplirla, el que la fizo, al dia en que deuia ser cumplida, entiendase que la deue cumplir en la otra, que es mas cerca (117). E si dia non es y señalado, a que se deuiesse cumplir la promission, entiendese que se deue cumplir en la Villa que es en el Reyno do fue fecha (118) la promission.

EYL 26. *Como la pregunta, e la respuesta, que es fecha en la promission, deue acordar en la cosa, sobre que es fecha.*

Acordar deue la respuesta (119) con la pregunta quando se faze, de guisa que aquel que pro-

(m) ó una Acad.

estimacion de dicho objeto; fundándose en la l. 47. § 3. D. *de legat.* 1°.; lo que parece no aprobar esta ley con aquellas palabras; *tenudo seria de darle la que fincasse biua*, antes bien parece conformarse con la segunda opinion de la Glos. en d. l. 95. sobre la palabra *constitutum*. Sin embargo, parece mas justa la primera opinion, atendido que ninguna culpa puede imputarse al deudor, para que no deje de librarse por equidad, entregando la estimacion de la cosa que ha perecido; y de consiguiente en este sentido deberá entenderse nuestra ley: por lo demás, sígase á Bart. en d. l. 95. princ.

(112) Trae su origen de la l. 83. § 2. D. *de verb. oblig.*, de lo que dice Azon en la Suma C. *de inutil. stipul.* y de la Glos. en el § *præterea.* Instit. *de inutil stipul.*

(113) Cuando la promesa es alternativa, entrambas cosas están *in obligatione*, empero tan solo una de las dos se halla *in solutione*, l. 128. D. *de verb. oblig.*

(114) Así pues, para el cumplimiento de la obligacion copulativa es menester que los dos estremos se verifiquen, l. 129. D. *de verb. oblig.*; y dice Bald. en la l. últ. C. *de sentent. et interloc.* 4. notab. que si una disposicion se compone de varias que se hallan unidas con partícula copulativa se requiere que todas se cumplan; empero no, cuando hay diferentes disposiciones cuyos miembros están unidos por medio de dicha partícula; á no ser que parezca ser otra la intencion de los contrayentes ó del testador, l. 6. C. *de instit. et substit.*, l. pen. C. *de impub. et aliis subst.* l. 78. § 7. D. *ad Trebel.*, Bart. y Bald. en la l. 1. D. *de just. et jur.* y el mismo Bart. en la l. 13. § 3. D. *de reb. dub.*

(115) Véase la Glos. en la l. 80. D. *de verb. oblig.* donde se sirve del ejemplo de las dos Bolonias.

(116) ¿Y si entrambos lugares fuesen á igual distancia, de modo que en cada uno de ellos podia cumplimentarse la promesa al tiempo prescrito? Entónces es preciso apoyarse en otras conjeturas, y faltando estas, se decidirá por lo que sea mas favorable al deudor, l. 34. D. *de reg. jur.*—*Cuando el juez no puede apoyarse en la distancia de los lugares, ni en la costumbre del pais, ni en otra circunstancia alguna, para determinar al sentido de una cláusula ambigua, la interpretará contra el que la concibió, l. 2. tít. 33. Part. 7., y en las estipulaciones se presumirá haberla concebido el estipulante.

(117) Añád. l. 80. D. *de verb. oblig.* junto con la Glos.

(118) Añád. l. 39. § 1. D. *de condit. et demonst.* y Bart. en la l. 3. D. *de accusation.* vers. *quæro.*

(119) En caso de duda la respuesta se inter-

niete, responda en aquella manera en que es preguntado, ca de otra guisa non valdria la promission. E esto seria, como si dixesse alguno: Prometesme de dar, o de fazer tal cosa; e el otro respondiesse con condicion (120): Prometolo de fazer, si tal cosa acaesciere; ca la promission que assi fuere fecha, non valdria; fueras ende si aquel que fizo la pregunta, otorga luego (121), que le plaze aquello que el otro respondio. E la razon por que non valdria tal promission como esta, es, porque en aquella manera deue responder, e sobre aquellas cosas que le pregunta, e non de otra guisa, nin sobre otras cosas. Mas si el que quisiere recebir la promission, pregunta al otro sobre cierta quantia de marauedis, como si dixesse: Prometesme de dar cient marauedis; e el otro respondiesse: Prometo de vos dar cincuenta; si el otro se callase, que fizo la pregunta, que non respondiesse ninguna cosa a lo que el otro dezia, vale la promission quanto en aquellos cincuenta (122) marauedis, sobre que fizo la promission. Otrosi dezimos, que si fiziesse la pregunta desta guisa: Prometesme de dar cien maravedis; e el respondiesse: Prometovos de dar ciento, e cincuenta maravedis; que vale la promission quanto en los cien marauedis, sobre que fizo la pregunta, e non en lo demas, si aquel que recibe la promission, se callo, quando el otro respondio a la pregunta. Mas si respondiesse que le plazia la promission, entonce vale en todo (123).

LEY 27. *Como vale, o non, la promission, que es fecha sobre la cosa de que non es preguntado aquel que la fiziere.*

Bestias, e sieruos, e aues, e otras cosas semejantes y ha, que han sus nomes señalados. E porende dezimos, que si algun ome quisiere recebir promission de otro, e dixesse assi: Prometesme de dar tal sieruo, que ha nome Abdala; e

preta por la pregunta, l. 9. § 5. D. *de interrogat. act.;* y el rescripto ambiguo se entiende á tenor de la súplica que para alcanzarlo se puso, l. 1. C. *de divers. rescript.* junto con lo que allí acumula Jason; además, Bart. en la l. 66. D. *de judic.* dice que si la pregunta es clara y precisa, se determinará por ella la respuesta si fuere ambigua, arg. d. l. 9. § 5.: añádase la l. 58. § últ. D. *de ædil. edict.*, donde se espresa que si preguntado el siervo si huyó antes de ser vendido, contestare que huyó; se entiende antes del contrato, aunque no lo esprese; y este testo lo aduce Bald. en la l. últ. C. *de ædil. act.* en prueba del principio que hemos sentado: véase tambien Alex. en la l. 52. § 1. D. *de legat.* 1. donde es notable lo que dice Bart., á saber, que si el acusado de haber tenido cópula con Berta mujer de Ticio, contesta simplemente haber tenido cópula con Berta, se entiende confesar el adulterio, esto es que Berta era la muger de Ticio; lo mismo siente Alex. consil. 42. vol. 5.

(120) De consiguiente aprueba esta ley la opinion de Joan. y Azon, la que puede verse en la Glos. á la l. 1. § 3. D. *de verb. oblig.* sobre la palabra *aliquid;* y se halla aprobada por la generalidad de los DD.

(121) ¿Bastará que se manifieste por medio de signos esta adquiescencia? el final de esta ley parece exigir la manifestacion verbal; véase Jason en d. l. 1. § 3. D. *de verb. oblig.*, 4. y 5. notab.

(122) Añád. d. l. 1. § 4. D. *de verb. oblig.*

(123) Sobre la materia de esta ley y de la siguiente véase la Glos. distinguiendo en d. l. 1. § 3. D. *de verb. oblig.* y en el § 5. Instit. *de inutil. stipul.;* véase tambien Bart. en d. l. 1. § últ. y Azon en la Suma C. *de inutil. stipul.* col. últ. Hoy dia, en virtud de la ley del Ordenamiento, parece que la diversidad en la contestacion no viciará la promesa, subsistiendo está por el total, aunque no manifieste su adquiescencia el estipulante. Empero, obsta la siguiente consideracion, que en el caso de esta ley y la siguiente, fué la intencion de las partes contratar por medio de estipulacion, y que por lo mismo la convencion no puede tener efecto, ni como pacto, ni en calidad de policitacion, segun la l. 1. § 4. D. *de constit. pecun.*, de donde se dice, que si el que se dirijia á estipular celebra estipulacion defectuosa, ni aun adquiere la accion *de constituta pecunia*, la que de otra suerte hubiera nacido en virtud del mero consentimiento, segun d. l. 1. princ. D. *de constit. pecun.* y la l. 3. de este tít. de Part.; lo mismo prueba la cit. l. 1. § 2. donde se dice, que no reuniendo todas las circunstancias la estipulacion, no pesará sobre el promitente obligacion alguna, ni aun la natural; de cuyos testos Bart. en el lugar cit. deduce la siguiente regla, que cuando se trata de contraer obligacion, si es nulo el acto, tal como quisieron celebrarlo los contrayentes, tampoco producirá el efecto que hubiera podido producir, tal como se halla concebido. Además, el promitente que da una respuesta diversa de la pregunta, parece no querer obligarse mientras dicha respuesta no plazca el estipulante: quiere saber si el otro está dispuesto á aceptar; y de otra suerte no tiene intencion de obligarse, como la esperiencia lo enseña: hace al caso lo que dije arriba en la l. 1. al dar la razon porque la pregunta debe preceder á la respuesta. Concluyamos, pues, que á pesar de la ley del Ordenamiento quedan en pié esta ley y la siguiente, es

el otro respondiesse : Prometo, que vos de Abraben; non vale (124) tal promission como esta. Fueras ende, si aquel que faze la pregunta, otorgasse, luego que el otro respondiesse a ella, quel plazia lo que respondio : ca entonce valdria la promission, quanto en aquel sieruo que nombro aquel que la fizo. Esso mismo dezimos que deue ser guardado, en todas las promissiones que fueren fechas desta guisa, sobre las otras cosas en que non acuerda la respuesta con la pregunta.

LEY 28. *Como non vale la promission que es fecha* (n) *por fuerza.*

Por miedo, o por fuerça (125), o por engaño (126) quel (o) fiziesse (127), prometiendo vn ome a otro, de dar, o de fazer alguna cosa, maguer se obligue so cierta pena, jurando (128)

(*n*) por miedo, ó por fuerza ó por engaño Acad.
(*o*) feciesen Acad.

decir que será menester que sea aceptada la promesa en cuanto fuere distinta de la pregunta; y que esta aceptacion deberá manifestarse con palabras y no con signos, como dije arriba, y lo prueba la l. sig., lo sientan los modernos DD. de Sena, y se deduce de d. l. 1. § 2. D. *de verb. oblig.*—*Véase la adicion á la glosa 3. de este tít.: por lo que allí decimos ya se concibe, que en nuestra opinion será menester que el estipulante manifieste su adquiescencia á la respuesta, en cuanto discrepare de la pregunta, dado que por lo que á esta parte mira no habria de otra suerte aceptacion: empero, parece indudable que dicha adquiescencia podrá manifestarse con signos, atendida la ley del Ordenamiento, no habiendo motivo para pensar que el promitente no quisiese obligarse de otra manera que por medio de la formalidad de las palabras.

(124) Añád. § 23. Instit. *de inutil. stipul.* y la Glos. en el § 5. Instit. d. tít. Téngase presente la doctrina de Bart. en d. l. 1. § últ. al fin D. *de verb. oblig.*, á saber, que siempre que la incongruencia entre la pregunta y la respuesta recae sobre la cosa ó sobre la calidad de la obligacion, vicia la estipulacion, á no ser que el estipulante manifestase sin intervalo su conformidad, segun el § 3. de d. l. vers. *cum adjicitur*, y segun esta misma l. de Part. y la sig.; hállase esto totalmente espuesto por Bart. y los DD. en el lug. cit. y en particular por Juan de Imol. en d. §. 3. donde pone la regla general junto con nueve escepciones; pero todo viene á reducirse á la doctrina de Bart.—*Véase la adicion á la glosa anterior.

(125) El miedo, en cuanto á la voluntad, es lo que la fuerza respecto del cuerpo, como dice una pequeña glosa en la l. 3. C. *quod metus caus.*: es el miedo *trepidatio mentis causa instantis vel futuri periculi*, segun la l. 1. D. *quod metus causa;* y segun Bald, en la l. 2. C. *de his qui per met. jud. non appell.*, es la coaccion del entendimiento que impide el uso del libre arbitrio: la fuerza puede dirigirse al cuerpo, mas no al alma, 32. q. 5 § 1. y la Glos. en el cap. *custodi*, ll. q. 3.; y en el caso de esta ley la fuerza es lo mismo que la violencia, como lo declara Bart. en la l. 1. D. *de tutel.* col. 2.

(126) El dolo es una maquinacion oculta del entendimiento, l. 4. C. *de litigios.* y allí Bald. y añád. l. 1. § 2. D. *de dolo.* Entiéndase esta ley del dolo que puede engañar á un hombre atinado y prudente, cap. *cum dilectus*, 6. *de his quæ vi metusve caus. fiunt* y allí Abb.: mas aun, quiere allí Innoc. y con él Abb. que interviniendo juramento, no haya reclamacion por el dolo, á no ser que fuese tal que hubiera engañado al hombre mas prudente: añád. Bald. en el cap. *verum, de jurejur.* y en la rubr. C. *de rescind. vendit.* Y aun cuando se persiga el dolo implorando el oficio del juez se alcanzará la recision del contrato si el dolo no reune las circunstancias determinadas por la ley, pues que no hallo esto prevenido respecto del dolo, como lo está por lo que mira á la fuerza, como dije en la l. últ. tít. 11. Part. 3. y lo nota Bart. en la l. 13. C. *de transacc.*: lo dispuesto en ese punto acerca del miedo menor en la l. últ. § 2. D. *quod metus causa*, no puede estenderse al dolo menor, porque no milita igual razon: ni se halla prevenido que se aplique el oficio del juez respecto del segundo, como lo está en cuanto al primero: además, segun dice Inoc. en d. cap. *cum dilectus*, la fatuidad se compensa con el dolo.

(127) Habla del dolo propiamente tal; el dolo *ex re ipsa*, no lo es en rigor, segun la Glos. en la l. 36. D. *de verb. oblig.*: sin embargo, la disposicion de esta ley será tambien aplicable al dolo *ex re ipsa*, como la de d. l. 36.

(128) A esta ley obsta directamente la l. últ. tít. 11. Part. 3., donde se lee : *E aun mas dezimos, que el que jura cosa guisada, non se puede escusar de non la guardar, maguer diga que la fizo por fuerza*, con cuya ley concuerdan los testos canónicos allí citados. Contéstese en la forma en dicho lugar indicada: ó bien dígase que esta ley se refiere al caso en que uno promete y jura acerca de cosas ilícitas, y entónces el juramento no obliga; al paso que la de la Part. 3. habla del supuesto en que es lícito el objeto de la promesa, en cuyo caso el juramento obliga aunque sea efecto de miedo ó fuerza, segun la opinion comun, que puede verse en la Glos. al cap. *auctoritatem*, 15. q. 6. y al cap. *si vero, de jurejur.* y allí Abb. y Felin. Pero, á semejante interpretacion se opone esta ley en la parte, *Pero si despues*, don-

de cumplir lo que promete; dezimos, que non es tenudo (129) de cumplir la promission, nin de pechar la pena. Pero si despues que ouiesse fecho tal promission, pagasse el por si, o fiziesse lo que prometio, non seyendo apremiado; dende en adelante non podria demandar de cabo, aquello que diesse, o que fiziesse. E esto es, porque aquel derecho que el auia por si, para non ser tenudo de fazer, nin de pechar, lo que prometio, porque la promission fue fecha por miedo, o por fuerça,

de ocupándose de la desaparicion del recurso á que da lugar el miedo, mediante la solucion, viene á suponer con ello que el contrato versaba sobre cosas lícitas; á mas de que esta ley habla en general: en vista de esto, dígase, que en cuanto á los efectos, (los que tuvo á la vista esta ley) el juramento arrancado por miedo ó fuerza no obliga, dado que oponiendo el convenido la escepcion *quod metus causa* ha de ser absuelto por el juez, segun la Glos. en d. cap. *auctoritatem*. Empero, aun á esta interpretacion le obsta d. l. últ. cuando dice: *Maguer diga que lo fizo por fuerza*. Podria tambien decirse, que d. l. últ. procede en el supuesto que el que juró hubiese tenido intencion de obligarse á pesar de la coaccion, y que del mismo caso debe entenderse la opinion comun, á saber, que el juramento arrancado imponiendo miedo obliga hasta que se haya obtenido la absolucion; y al contrario que el juramento efecto de coaccion no obliga, si puede probarse que no hubo la intencion de obligarse; así piensa Juan de Imol. en d. cap. *si vero* al fin; y es notable lo que añade, á saber que se presumirá no haber existido aquella intencion si precedió protesta de parte del promitente, de no querer obligarse de modo alguno en el supuesto de serle arrancado el juramento con amenazas, arg. cap. 1. *de his quæ vi metusve causa* y l. 6. § 7. D. *de acquir. hæred.* Empero, esta interpretacion es tambien infundada, atendido que nada de lo dicho nuestra ley indica, ni distingue; á mas de que, mientras no conste lo contrario se presume siempre que el promitente tuvo intencion de obligarse, segun el cap. *verum* 15. y d. cap. *si vere* 8. *de jurejur.*; en efecto, el que jura en virtud de amenazas espresa su consentimiento simple de obligarse, y de otra suerte incurriera en pecado mortal invocando falsamente á Dios por testigo, segun Cayetan. 2. 2. cuest. 89. art. 7. duda 2. Pudiera por fin decirse que si ha vencido ó va á vencer el término de la obligacion, ó bien se le ha constituido al deudor en mora mediante interpelacion judicial; conviene entónces que pague, á fin de que no incurra en la nota de perjuro, sin perjuicio de recobrar inmediatamente despues, por medio de la accion *quod metus causa,* lo que haya pagado, arg. cap. *debitores*, 6 *de jurejur.*; ahora, si el tiempo fijado en el contrato no apremiase, siempre que el deudor no corriese riesgo de caer en mora, puede instar judicialmente para que se declare ineficaz la obligacion, no obstante el juramento, y que de él le absuelva el acreedor; y en este sentido procederá la cit l. últ.: por lo que mira á esta interpretacion véase Abb. en el cap. 1. *de jure jur.* col. 2. vers. *quartum remedium.* —*En vano se tratará de conciliar esta ley de Part. con la l. últ. tít 11. Part. 3ª., y no es de estrañar la antimonia en materia tan controvertida y donde los pareceres de juristas y teólogos son tan diversos, mayormente si se atiende que es mas que probable que no fué uno solo el copilador del Código Alfonsino. Dos ideas se ofrecen en esta cuestion, á saber, la santidad del juramento por una parte, y por otra, que no es nada conforme con la voluntad de Dios, el que la invocacion de su nombre arrancada á la fuerza, sirva de escudo á la fuerza misma. Segun ha dominado una ú otra de estas ideas, la opinion ha sido distinta; y predominando sucesivamente cada una de ellas en la conciencia de un mismo escritor, le han inducido á dar decisiones conciliativas en la apariencia y contradictorias en el fondo. Esto lo observamos en Sto. Tomás; quien despues de haber dicho que si la promesa arrancada á la fuerza se ha corroborado con juramento, contrae para con Dios obligacion de cumplirla el promitente, porque se juzga habérselo prometido, y porque dejarlo de ejecutar es prometerle en vano y hacerse reo de perjurio; despues de esto, digo, añade, que una vez se haya cumplido la promesa, por el respeto debido al juramento, podrá denunciarse á la justicia la violencia que se ha padecido, y pretender por este medio la repeticion de lo pagado. En las decisiones canónicas se observa tambien la accion sucesiva de las dos ideas que hemos indicado: en efecto, Alejandro 3º. y Celestino 3º. declaran válido el juramento y al mismo tiempo se reservan la facultad de dispensarlo, cap. 8. y 15. *de jurejur.* Adviértase que la l. 56. tít. 5. de esta Part. está conforme con la que se comenta: declárase en ella que la compra y venta celebrada por miedo ó fuerza no debe valer, aunque hubiese accedido el juramento; porque, dice, toda vez que la compra que es lo principal no vale, tampoco debe valer lo accesorio.

(129) Entiéndase en último resultado, puesto que deberá absolvérsele si opone la escepcion *doli mali ó metus causa*, l. 5. C. *de inutil. stipul.* y l. 56. tít. 5. de esta Part. Por lo que mira al caso en que el dolo diere causa al contrato, véase la l. 57. tít. cit. y lo que allí dije, y lo ano-

o por engaño; pierdelo, quando el por si cumple de su grado (130), e sin premia, lo que prometio. Otrosi dezimos, que todo pleyto que es fecho contra nuestra Ley (131), o contra las buenas costumbres (132), que non deue ser guardado; maguer pena, o juramento (133) fuesse puesto en el.

LEY 29. *Que la promission que ome fiziese a su Mayordomo, o a su Despensero, que le non demandasse el furto, o el engaño que le fiziese, que non vale.*

(p) Condicion, o prometimiento faziendo algund ome a su mayordomo, o a su despensero, que non le demandasse engaño, nin furto que le fiziesse dende adelante; non valdria tal pleyto, ni tal promission. E esto es, porque los tales pleytos podrian dar carrera (134) a los omes, de fazer mal: e non deuen ser guardados. E esto dezimos, que se deue entender desta guisa; que non vala el pleyto, nin la promission, en los engaños, e en los furtos, que pudiessen fazer despues del dia en que fue fecha la promission. Mas los otros que ouiessen ya fechos en ante de la pro-

(p) Convencion Acad.

tado por la Gloss. Salic. y los DD. en d. l. 5.

(130) Añád. l. 49. tít. 14. de esta Part. junto con lo que en ella dije, y las ll. 2. y 4. C. *de his quæ vi metusve causa*. Entiéndase lo que dice aquí la ley, en el supuesto de tener conocimiento del dolo el deudor, d. l. 49. junto con lo allí dicho.

(131) Añád. l. 35. D *de verb. oblig.*, l. 5. C. *de leg.* y el cap. *vides*, 10. dist.; así que, á toda ley prohibitiva simplemente concebida se le considerará inherente una cláusula derrogatoria del acto, como lo nota Bald. en d. l. 5. 4. notab. y véase allí Jason en la col. 5. el cual pone cuatro ó cinco escepciones á esta regla: pero, si la ley á la prohibicion añadiera cierta pena ¿á mas de incurrirse en ella tendremos la nulidad del acto? véanse los DD. en d. l. 5. y en particular Abb., notablemente distinguiendo en el cap. 2. *de testib.* col. 2 y 3., conforme con Bald. en d. l. 5. A las limitaciones que pone Jason á esta regla, añádase, que ella se refiere únicamente á las personas que han celebrado el acto prohibido por la ley; de suerte que no puedan ellas reclamar el cumplimiento en provecho suyo: ahora, si la pena de nulidad no debiese recaer sobre los que obraron en contravencion á la ley prohibitiva, y si sobre personas que no contravinieron á semejante ley, el acto subsistirá: por ejemplo, se prohibe al monje el ejercicio de la profesion de escribano, por lo que mira á los instrumentos de los actos futuros, cap. *sicut*, 8. *ne clerici vel Monachi*; sin embargo, si autorizase algun instrumento no será nulo, porque la pena de anulacion recayera sobre las partes interesadas en el acto que se celebró, como lo sientan Juan Andr. en d. cap. *sicut*, y Alex., citando á otros, en la l. 4. §. 4. D. *de edend.* De la misma suerte si se prohibiese á los profesores asalariados ó á otros el ejercicio de la abogacía, no se anularian los actos en que interviniesen como abogados; sin embargo, no dejaria de imponérseles alguna pena, como lo advierte Bald. en la l. 17. C. *de Episcop. et Cler.* Añádase tambien que si la ley prohibe la celebracion de un contrato sin ciertas solemnidades; faltando ellas será nulo, por ser hecho en contravencion á la ley, d. l. 5. y reg. 64. *de reg. jur.* lib. 6. Empero, si la ley dispone que se haga tal ó tal cosa despues de celebrado el contrato, la falta de observancia de dicha ley no anularia *ipso jure* el contrato, sino que seria revocado por la sentencia del juez, segun Bart. en la l. 135. § 3. D. *de verb. oblig.* vers. *quæro utrum prohibitio*, donde se sirve de un ejemplo. Por lo que mira al caso en que el acto se celebra en contravencion á la ley viva, esto es, al mandato del príncipe, véase Abb. en el cap. *dilectus*, 2. *de præbend.* col. últ.

(132) Añád. ll. 26., 27. 35. y 61. D. *de verb. oblig.*, l. 4. C. *de inutil stipul.* el §. 24. Instit. tít. cit. y el cap. últ. *de pactis*.

(133) Añád. d. l. 5. C. *de legib.*, el cap. 58. *de regul. jur.* lib. 6. y lo que estensamente espone Bald. en la l. 56. D. *de fidejussor.* y muy latamente Juan de Imol., siguiendo á Bald., en el cap. *cum contingat*, *de jure jur.* col. 18. Entiéndase que la disposicion de la ley en este punto procede cuando el juramento es contrario directa ó indirectamente á la ley natural, cual si se jurase no obedecer á Dios, ó á la iglesia romana en materias espirituales, ó no alimentar al hijo, l. 2. D. *de just. et jur.*, l. 2. C. *de in jus. voc.* l. 41. D. *de oper. libert.*; ó bien si fuese indecoroso el hecho objeto del juramento, l. 7. §. 16. D. *de pactis*, y d. l. 26. D. *de verb. oblig.*: tambien procederá si algunos se juramentaren contra el imperio ó el reino ó la persona del monarca, segun Bald. en el §. últ. col. pen. *de prohid. feud. alien. per Freder.* Si el juramento fuese únicamente contrario á las buenas costumbres civiles, subsistirá, Bald. en la l. 3. C. *de collat.* col. pen. Nótese que ni la ley, ni el uso pueden dar fuerza á lo que se halla en oposicion con las buenas costumbres, porque la ley no puede autorizar aquello que no puede ser objeto de convencion: V. Jason en la l. 61. D. *de verb. oblig.* 5. notab.

(134) Añád. l. 27. §§. 3. y 4. D. *de pactis*, l. 5. D. *de pact. dotal.* y l. 6. C. *de pact.* Por esta razon se decidió ser contraria á las buenas costumbres y de consiguiente nula la ley que llamara á la

mission, bien se podrian quitar por pleyto, o por postura, que faga a aquel a quien los fizo, de nunca gelos demandar (135). E a lo que dize en esta ley de los mayordomos, e de los despenseros, entiéndese tambien de todos los otros omes, que tal pleyto, o promission fiziessen entre si, sobre qualquier fecho que sea semejante destos.

LEY 30. *Como la promission que es fecha en razon de cuenta que fuesse dada, de non gela demandar otra vez, que non vale, si engaño ouiere fecho en darla.*

Oficio (136) teniendo vn ome de señor, o de Concejo, o de otro ome qualquier; si quando le da la cuenta, le encubre alguna cosa engañosamente; maguer el señor se faga pagado del por razon de aquella cuenta, e le de carta de pagamiento, e le prometa, que de alli adelante non le demande ninguna cosa, por razon de aquello que tuuo del; tal pleyto, nin tal promission non vale (137), quanto en aquello que encubrio (138); como quier que vale en todas las otras cosas, de que dio verdadera cuenta. Esso mismo dezimos que deue ser guardado, en todas las otras cuentas que los omes fizieren entre si, sobre las cosas que ouiessen de so vno (139). Ca maguer se otorguen por pagados, vnos de otros, de la cuenta, e prometan de nunca tornar a ella; si fuere sabido en verdad, que el que dio la cuenta, o tuuo

sucesion á los espurios, pues que incita á delinquir; así opina Bald. en la l. últ. C. *de natural. liber.*; añád. Bart. en la l. 27. D. *ad leg. Falcid.* y Bald. en la l. 14. C. *de fideicom.* col. 9. Por igual razon no vale la renuncia que hiciese el patrono al derecho que tiene de volver á la esclavitud al liberto si incurriere en ingratitud, como lo advierte Bald. en la l. últ. C. *de bonis libertor.*, Por la misma causa será nulo el pacto con que uno se obliga á satisfacer la pena á que otro fuese condenado con motivo de un delito futuro, l. 70. §. últ. D. *de fidejussor.* y lo nota Bald. en la l. 3. D. *de justi. et jur.* col. últ., donde añade que semejante obligacion puede contraerse con el estado, pues que entónces no resulta absuelto el delincuente. Por igual razon es de ningun efecto el pacto relativo á que no se pierda el feudo por causa de felonía, siempre que ella fuese un crímen, segun Bald. en la l. 1. D. *de rer. divis.* vers. 52. *quæritur*; añádase á lo dicho lo que espone Jason en d. l. 27. §. 3. D. *de pactis*, y es digno de tenerse en la memoria. En cuanto á la culpa futura, puede ella remitirse per medio de pacto; véase Alex. consil. 67. al fin. vol. 2. En fuerza de la misma causa, esto es, para no incitar al delito, no se librará de la responsabilidad por el dolo futuro aquel que legando el quitamiento á otro, ó sea la remision de una deuda, espresa además legarle aquella en que tal vez debiese ser condenado con motivo de dolo ó de mala administracion, Bart. en la l. 20. §. 1. D. *de libet. legat.*, Salic. en l. 18. C. *de fideicom.* y Alex. consil. 62. vol. 4. col. 2 y 3.: si bien de otra suerte pensó Aug. consil. 185. y consil. 312. cuya opinion podrá admitirse en el dolo presunto, ó bien cuando este consiste en hecho negativo; pero no si en hecho positivo, segun Decio consil. 178. y 192. y en la l. 4. C. *de transac.*

(135) Esta ley parece obstar á lo que dice el Espéculo en el tít. *de accusatore*, col. 7. vers. *nunquid ergo clericus*, á saber, que escuda la promesa que hace el clérigo de no acusar al prelado, de cierto delito que este haya cometido; porque, como dice el mismo Espéculo, es contra las buenas costumbres el pactar que no se perseguirá el crímen; y alega la cit. l. 27. §. 3. D. *de pactis*, la l. 23. D. *de reg. jur.* y el cap. 25. §. *illud autem de jure jur.* Podriamos decir que la decision del Espéculo procede respecto del derecho público; y que por lo que mira al derecho privado ó al interés de tercero, subsistirá el pacto: véase lo anotado en d. cap. 25. y lo que nota Ang. en el trat. *maleficior.*, sobre las palabras *contra voluntatem dicti Titii.*

(136) Trae esta ley su orígen de la l. 35. D. *de pactis*, de la 5. §. 7. D. *de adminis. tut.* y de la 20. §. 1. D. *de liber. legat.*, donde es de notar lo que dice Bald; y por fin, de lo anotado por la Gloss. en la l. 4. C. *de transac.*

(137) Téngase presente esta ley, pues que en la cit. l. 35. D. *de pactis* se dice, que puede reclamarse contra el dolo mediante replicacion; de donde infiere Ang. que el quitamiento general, del cual se trata en d. l., comprende en rigor de derecho lo que fué objeto de hurto, no habiendo mas remedio que la replicacion para reclamar de semejante hecho doloso; y acerca de esto llama la atencion del abogado. Nuestra ley quiere que el quitamiento general no comprenda *ipso jure* lo que hubiese sido hurtado ó dolosamente ocultado.

(138) No se estenderá pues el quitamiento á los partidos que se ignoraban, ni á los que se ocultaron, segun esta ley, d. l. 35. D. *de pactis* y la l. 9. D. *de transac.*; además nótase en la l. 9. D. *de negot. gest.* y lo sienta Salic. en la l. 4. C. *de transact.*

(139) Estas palabras y el principio de la ley indican que ella habla del caso en que se da quitamiento al que habia contraido una obligacion general ó universal, de la misma suerte que la

las cosas en guarda, encubrio alguna cosa engañosamente, o fizo otro engaño (140) contra aquellos que han parte en aquella cosa; tal pleyto, nin tal postura, nin promission, non vale. Ante dezimos, que pueden demandar, que les mejore aquel engaño que les fizo, con todos los daños, e

cit. l. 35. D. *de pactis* y d. l. 5. §. 7. D. *de admin. tut.*: ahora, si el quitamiento se diese al que estaba tenido en virtud de obligacion especial [ó como si dijéramos singular] en virtud de la cual debia responder del dolo y de la culpa leve y tal vez de la levísima, entónces se entenderá remitido todo cuanto debiese por razon de cualquiera de las indicadas faltas: sin perjuicio de ser reconvenido por medio de la accion *rei vindicativa* para que restituya la cosa que tiene en su poder, perteneciente al renunciante, l. 16. D. *de liberat. legat.* y Bart. en la l. 20. §. 1. y en la l. 7. §. últ. D. *tit. cit.* Esceptúese el caso en que al renunciante se le ocultara el dolo cometido, segun Ang. en la l. 27. §. 3. D. *de pactis* y arg. d. l. 35. tít. cit. Tampoco surtirá efecto el quitamiento si el dolo se cometió por ocasion del mismo quitamiento, como si ocultó algo el deudor por lo mismo que iba á obtener la renuncia del acreedor, segun Bart. en d. l. 20. §. 1. y arg. d. l. 35.

(140) Bart. en d. l. 20. §. 1. D. *de liber. legat.*, entiende esto del supuesto en que el dolo se hubiese cometido administrando, y que el administrador hubiese lucrado á consecuencia del mismo dolo: entónces, dice, el dolo no viene comprendido en el quitamiento jeneral; pero si cuando nada hubiese lucrado en virtud del acto doloso el que lo cometió, y así opinan la Glos. en la l. 4. C. *de transac.* y Bald. siguiendo á Jacob. de Aret. en la l. 2. C. tít. cit.: en el primer caso subsiste el dolo al tiempo del quitamiento, puesto que su causa es permanente; de ahí es que no se entiende remitido; lo mismo opina Angel. en la l. 27. §. 3. D. *de pactis*, y lo prueba la l. 12. D. *de liberat. legat.*: empero en el segundo caso, esto es, cuando el acto doloso no ha redundado en beneficio del que lo cometió, se entenderá remitido, y en estos términos procede la Glos., generalmente adoptada, en d. l. 4. C. *de transact.* Lo dicho debe entenderse del quitamiento entre vivos, y no del que se hace en última voluntad, segun Bart. latamente en el lugar cit. Esta decision de Bart. relativa al quitamiento entre vivos, opino que procederá, mientras no se pruebe error ó ignorancia de parte del renunciante; pues, como llevo dicho, no se estenderá á lo que verosímilmente fué ocultado ó se ignoraba, segun d. l. 35. D. *de pactis*, haya ó no lucrado el que cometió el dolo: mas aun, atendida lo generalidad de la disposicion de esta ley y lo que dice al fin, *señaladamente* etc., parece que tanto si se ha lucrado con el dolo, como si ningun provecho ha producido, y tanto si existe como no el error ó ignorancia, no se entenderá remitida la accion á que da lugar el dolo, si espresamente no se ha renunciado, lo que parece mas acertado y justo, siempre que de otra parte no aparezca la intencion de remitir el dolo que no se espresa: además, si en las últimas voluntades no se entiende remitido el dolo, aunque de él no se haya aprovechado el administrador, segun d. l. 20. §. 1. D. *de liber. leg.* y allí Bart., y generalmente los DD. en d. l. 4. C. *de transac.* y en d. l. 23. §. 3. D. *de pactis* ¿porque no ha de ser así cuando el quitamiento tiene lugar por medio de un acto entre vivos? Ahora, si el que hace la remision espresare además hacerla de la accion que le compete, entónces, segun la Glos. en d. l. 4. glos. últ. se entenderá remitido el dolo pasado, toda vez que sin accion nada puede reclamarse, lo que parece apoya la l. 9. al fin, D. *de liber. leg.* Por mas que los DD. esten en general conformes con dicha glos., yo opino que lo mismo tendremos aunque la accion se haya renunciado; no debiendo la renuncia referirse á la accion competente por razon del dolo pasado, como lo prueba bastante esta ley allí, *E le promete*, etc.; además, la cit. l. 9. habla del caso en que las palabras de que se valió el renunciante espresan terminantemente la intencion de remitir la accion relativa al dolo pasado, poniendo la fórmula de semejante remision ó renuncia; y no prueba que esta se suponga, aunque el renunciante ignorase el dolo, por el mero hecho de remitirse la accion; su intencion es enteramente opuesta: luego, si no constase que el renunciante tuvo conocimiento del dolo, no se entenderá remitido, por mas que se haya espresado renunciarse la accion: así opina Alber. en d. l. 9. al fin.—*Se preguntará tal vez si el que dió el quitamiento deberá probar que hubo dolo de parte del demandado; ó si bastará que pruebe haberse omitido tal cantidad ó cierta cosa en las cuentas presentadas por este, quien por esta sola circunstancia se presuma en mala fe, á no ser que pruebe lo contrario. La ley exige que sea *sabido en verdad, que el que dió la cuenta, ó tuvo las cosas en guarda, encubrió alguna cosa engañosamente*; es decir quiere que el dolo sea el fundamento de la demanda, y por consecuencia, que se pruebe por el demandante; pues que cada una de las partes debe probar los hechos en que funda su accion ó sus escepciones. A mas de que si eximiesemos de dicha prueba al demandante, impusieramos al demandado el cargo de probar un hecho negativo, el de no haber procedido dolosamente. Es verdad que podrian darse casos en que por medio de hechos positivos pudiese

los menoscabos que vinieron por razon del. Fueras ende, si señaladamente (144) le ouiesse quitado el engaño, que ouiesse fecho.

LEY 31. *Como la promission que es fecha en manera de vsura, non vale.*

Veinte (142) marauedis, o otra quantia cierta dando vn ome a otro, recebiendo promission del, quel de treynta marauedis, o quarenta, por ellos; tal promission non vale, nin es tenudo de la cumplir el que la faze, si non de los veynte marauedis que rescibio: e esto es, porque es manera de vsura (143). Mas si diesse vn ome a otro veinte marauedis, e rescibiesse promission del, que le diesse diez e ocho marauedis, o quanto quiera menos de aquello que rescibiesse; tal promission dezimos que vale, porque non ha en ella engaño de vsura; pues que rescibe menos de lo que dio.

LEY 32. *De como deue ser desatada la promission, quando alguna de las partes dize, que fue fecha non estando el delante.*

Maliciosamente se podrian mouer algunos omes, para desatar las promissiones que ouiessen

probar su buena fe, pero no serian todos, ni la mayor parte.

(141) Añád. l. 27. §. 3. D. *de pactis* y allí la Glos., y los DD. en la l. 9. D. *de liber. legat.*

(142) Trae su orígen de la l. 17. princ. D. *de pactis*, de la l. 11. §. 1. D. *si cert. pet:* y de las ll. 11. §. últ., 12. y 13. D. *de constit. pecun.*

(143) Y es en realidad usura, cap. últ. 14. q. 3.: siempre, pues, que la promesa gratuita se hace con ocasion de contrato que se celebra, como si prometo devolverte mayor cantidad que la que me prestas, se considera usura, como dice Bart. en d. l. 17. D. *de pactis*, de lo que infiere que si en la escritura de venta se continuó el pacto, que se entendia hacer donacion el vendedor de lo que mas valiese la cosa vendida, no habrá verdadera donacion, porque no existe la intencion de ejercer un acto de mera liberalidad: en una palabra, cuanto prometa el contratorio además de la cantidad recibida, se entiende prometida á título de usuras, y así se espresa la Glos. en d. l. 11. §. 1. D. *si cert. pet.* ¿Y que diremos si el mutuante estipula alguna cantidad á título de intereses para indemnizarse de la privacion temporal de sus capitales? Parece lícito, pues que segun la opinion general de la Glos. y los DD. era permitido el interes en el mutuo, cuando diere prestado el que no estaba constituido en obligacion de hacerlo, cap. *precariæ*, 10. q. 2.: empero, esto debe entenderse del caso en que los intereses se estipulen habiendo ya incurrido en mora el deudor: pactándose al tiempo del contrato serán nulos; porque siendo esencialmente gratúito el mutuo, el prestador no debe vender el uso del dinero, sino que debe cederlo sin retribucion, á lo menos para cierto tiempo: de lo contrario en vez del mutuo propiamente tal tendriamos usura: despues de la mora, como llevamos dicho, es cuando pueden exigirse intereses por razon del lucro cesante ó del daño emergente, l. 40. D. *si cert. pet.* vers. *non enim*, l. 3. D. *de condict. tritic*, Paulo de Cast. en la l. 13. §. 19. D. *de act. empt.* y Anton. y otros en el cap. *salubriter*, *de usuris*. Hay mas, no seria atendible la tasacion que hiciesen de dichos perjuicios las partes, sino que deberian estos probarse; porque en el mutuo, por ser materia prohibida, no se defiere á las confesiones de las partes durante la causa de la prohibicion y de la sospecha, es decir, antes de la restitucion del capital, l. 27. D. *de probat.*, l. 8. D. *de cast. pecul.*, Bald. en d. l. 11. §. 1. D. *si cert. petat.* col. 2., y Decio en el cap. *cum venerabilis*, *de except.* col. 5. Adviértase que puede muy bien decirse que por esta ley y otras semejantes quedan reprobados los contratos que celebran los cambistas, entregando dinero en una feria para recibirlo en otra con cierto interes; pues en la realidad semejante contrato no es el de cambio, y si un préstamo con el objeto del logro: viene en apoyo de esto lo que dice Decio consil 116. acerca del contrato celebrado bajo el nombre de depósito *ad numerum*, cuyo contrato, dice, debe considerarse como un verdadero préstamo, atendido que el dominio del dinero pasa al depositario, ll. 24. y 25. D. *depos.*, y que como préstamo es considerado por dd. ll. Parece tambien deducirse de esta ley de Part. que el dinero, mientras se considera de un modo absoluto y *formaliter*, es invendible: así como la blancura no puede ser blanca, por ser aquello que es blanco *formaliter*; tampoco puede apreciarse el valor ó la estimacion del dinero, por ser el medio de apreciacion ó estimacion de las demás cosas: cuando se trata de permutar dinero por dinero, no se le considera bajo el indicado aspecto, y esto en gracia ó por causa de la materia de que está formado. El Arzobispo de Flor. y Silvest. en Suma, sobre la palabra *usura*, reprueban el siguiente contrato que dicen celebrarse en la Curia romana: el clérigo que por razon del beneficio que se le ha conferido tiene que pagar la annata, recibe cierta cantidad del cambista en Roma, obligándose á devolverla en el lugar del beneficio con la moneda del pais, junto con un cinco ó seis por ciento, además del lucro que reporta el cambista, resultante de las diferencias en las

fechas, diziendo que non eran presentes, nin se acertaron en fazerlas, en aquellos lugares, o dizen que fueron fechas. E porende dezimos (144), que paresciendo alguna carta, que fuesse fecha de mano de Escriuano publico, firmada con testigos, o otra carta sellada con sello autentico, en que dixesse, que estando amas las partes presentes, prometieron el vno al otro, de dar, o de fazer alguna cosa; que sea creyda (145) tal carta, maguer el otro niegue, que non fue presente, nin fizo aquella promission. Pero si este pudiere prouar por tres o quatro testigos, buenos e leales e verdaderos, que aquel dia que dize la carta, que fizo la promission, era a tan lueñe de aquel lugar, en que dize otrosi que fue fecha, que se non podria y acertar a fazerla en ninguna manera, deuele ser cabido. E si esto non pudiere prouar por testigos, abondale que lo prueue por otra carta, que sea fecha de mano de Escriuano publico; que sea atal, que se pueda aueriguar, que non fue y presente, nin se pudiera y acertar (146), en fazer aquella promission. Ca prouando vna de qualquier destas cosas, non deue ser creyda la carta que aduzen contra el.

LEY 33. *Como la promission, o el pleyto que fazen los omes entre si, que hereden los vnos en los bienes de los otros, non vale; fueras ende en casos señalados.*

Pleyto, o promission faziendo dos omes entre

monedas; y en la escritura que se formaliza, la cantidad prestada y los intereses suenan como capital; este contrato, dicen, contiene una usura enorme y manifiesta. Añádase á lo dicho el cap. *naviganti* 19. princ. *de usuris.* —* Véase la adicion á la glos. 67. del tít. 1. de esta Part.

(144) Trae esto su orígen de la l. 14. C. *de contrah. et comit. stip.* y del §. 12. Instit. *de inutil. stipul.*

(145) Se deferirá, pues, á las palabras enunciativas de la escritura otorgada por las partes, segun esta ley y la l. 14. C. *de contrah. et comit. stipul.* Esto debe entenderse de aquellas palabras enunciativas que son necesarias para la validéz del acto de que se trata; faltando esta circunstancia ni aun hacen prueba entre las mismas partes, como lo declara Anton. en el cap. 11. *de præsumpt.* y tambien Abb. en d. lug. col. 3. con motivo de la cuestion, á saber, si el instrumento de dote ó de donacion *propter nuptias* prueba el matrimonio: de esto se sigue que si en la escritura se dice que estipulé Estico esclavo de Ticio, esta confesion prueba, por lo que mira á la validéz de la estipulacion, de la cual se trataba, que Estico es esclavo de Ticio; y este es el sentido de d. l. 14.: empero, si despues se suscitara principalmente cuestion sobre el dominio del esclavo, no se probara este dominio con dicha confesion, que tuvo bien distinto objeto; así opina Bald. en la l. 23 al fin C. *de locato*; y toca esta y otras cuestiones Decio consil. 118. col. últ., consil. 213, al fin, y consil. 310. col. 3.; añád. Alex. consil. 132. col. 8. y 9. vol. 5. y d. cap. 11.: dice sobre este punto el Espéculo, tít. *de procuratore* §. *illud* vers. *illud quoque notandum*, que en el caso de d. l. 14. C. *de contrah. stipul.* si se da fe al instrumento, es porque á ser enunciativas las palabras se agrega la circunstancia de alegarse contra el mismo que lo habia otorgado, de modo que á favor de este no haria prueba, de ahí es que si en una escritura se lee: *yo fulano obispo*, ó *yo fulano procurador* ó *tutor* ó *síndico*, no se tendrá este sugeto por obispo, procurador, tutor ó síndico, mientras de otra suerte no se pruebe. Adviértase tambien que si en la escritura se hace mencion de algo que puede tener lugar cuando ella se formaliza, entónces queda probado que aquello en efecto se verificó, como se advierte en la l. 1. C. *de fide et jur. hast. fiscal.* y en d. l. 14. y lo nota Bart. en la l. 14. D. *de dote preleg.* y en d. l. 1.: si entónces no pudo verificarse el hecho indicado, la escritura no hará prueba en cuanto al mismo, segun Bart. y Juan de Plat. en d. l. 1. siguiendo á Innoc. cap. *quoniam contra, de probat.*; añád. Specul. tít. *de instrum. edition.* §. *restat videre*, col. pen. y Alex. consil. 17. col. 2. vol. 4.: por lo que mira al caso en que las palabras enunciativas de un instrumento prueban entre personas que no intervinieron en él, véanse la Glos. y los DD. en la l. 21. C. *de jur. deliber.*, Alex. consil. 50, col. 3. vol. 5. y lo anotado por Inoc. en el cap. *cum olim, de censib.*

(146) Es decir, á causa de la distancia de los lugares. Empero, el que prueba que estuvo ausente del pueblo tal dia ¿se presumirá que lo estuvo durante todo el dia? Así opina la Glos. en d. l. 14. C. *de contrah. stipul.* y allí dice Ang. que merece notarse esta idea, que no halla en otra parte: lo dicho no procederá tal vez si de otra parte existiese prueba, una escritura por ejemplo, de la que resultase que el mismo sugeto estuvo en el pueblo en dicho dia: entónces seria indispensable que se probara haber estado ausente á la hora de que se trata, como se colige de las palabras de esta ley. —* Hallamos una disposicion igual á la de esta ley, en la l. 117. tít. 18. Part. 3., escepto que ella exige decididamente cuatro testigos. Adviértase que si no se quiere impugnar la escritura pública, mas si probar que posteriormente fué satisfecha la deuda; será menester otra escritura de la misma clase, ó

si, que qualquier dellos que muriesse primero, que el otro que fincasse que heredasse todo lo suyo (147); tal pleyto, nin tal promission, dezimos que non deue valer (148), porque ninguno dellos non aya ocasion (149) de se trabajar de muerte del otro, por razon de heredarle lo suyo. Pero si tal pleyto, o tal promission fiziessen dos (150) Caualleros (151) entre si, queriendo entrar en batalla (152) alguna, o en fazienda; si alguno dellos muriesse en aquel logar, el otro que fincasse, heredaria lo suyo, si non dexasse el muerto fijos legitimos. E si por auentura non muriesse y ninguno, e despues que ende saliessen, se cambiasse la voluntad a alguno dellos, e quisiesse reuocar (153) el pleito, o la promission, bien lo puede fazer. Mas si non lo reuocasse, e lo ouiesse

bien cinco testigos que digan haberse hallado presentes cuando se efectuó la paga ó quitamiento y que fueron llamados y rogados para dar testimonio del acto, l. 33. tít. 16. Part. 3.

(147) Luego valdrá la convencion de esta naturaleza cuando verse acerca una parte de los bienes; porque en tal caso no puede decirse que recayga sobre la sucesion futura, la que únicamente puede transmitirse por testamento ó *ab intestato*; sino que hay un verdadero contrato, que produce obligacion al momento, si bien la exaccion se difiere para el tiempo de la muerte; lo que puede hacerse por via de contrato, l. 35. §. 4. C. *de donation.*, l. 17. §. 1. D. *quæ in fraud. credit.*, l. única C. *ut actio* ab *hærede et contra hæred.*, Oldrald. consil. 139., Juan Andr. en las adiciones al Specul. tít. *de instrum. editione*, §. *porro* col. últ. y Alber. en la l. últ. C. *de pactis* col. 1. vers. *sed quæro pulchram*; y *á sensu contrario* se deduce bastante de esta ley, pues que reprueba el pacto cuando tiene por objeto la sucesion universal. Téngase presente la ley de Toro, que reprueba la donacion universal, aunque se limite á los bienes presentes.—* No hay duda que se deduce *á sensu contrario* que el pacto valdrá si no versa sobre la totalidad de los bienes; pero debe tenerse presente que semejante argumento, si bien de alguna fuerza en el derecho, segun Papiniano, no es por si solo concluyente. En efecto, queda la duda de si la ley al aplicar su disposicion á un caso ha querido hablar por via de ejemplo, ó bien escluir los demás. A esto se agrega que si concretasemos la ley al pacto que tiene por objeto la totalidad de los bienes, seria facilísimo eludirla con la mas pequeña reserva; á no ser que cayesemos en otro inconveniente, el de dejar al arbitrio absoluto del juez la validez del pacto, segun fuese la porcion de los bienes que comprendiera.

(148) Porque todo pacto acerca la sucesion futura es nulo segun esta ley y las ll. 61. D. *de verb. oblig.*; 3. C. *de collation.*, 34. C. *de transact.*, 5. C. *de pactis*, y 20. D. *de verb. signif.*: semejante pacto no vale por ser contrario á las buenas costumbres, l. 4. C. *de inutil. stipul.*, de modo que ni puede darle fuerza el juramento, como lo nota Bart. en la l. 61. D. *de verb. oblig.* y la ley l. *si quis pro eo* D. *de fidejussor.* y Alex. en d. l. 3. C. *de collat.*; añád. Bart. consil. 208., Alex. consil. 28. vol. 3. y Decio consil. 236. col. últ.

(149) No está, pues, la única razon de la nulidad del pacto, en que impide la libre facultad de testar; así pues, aunque pudiese darse un caso en que semejante pacto no coartara dicha facultad, seria tambien nulo, porque subsistiera la otra razon, esto es el temor de que el deseo de la sucesion futura no instigara á cometer un asesinato; como lo manifiesta esta ley, y así opina Alex. consil. 28. vol. 3.

(150) ¿Y si fuese un militar que dispusiese á favor de un paisano? Tambien procederá la disposicion de esta ley, segun Alex. en la l. 15. C. *de pactis.*

(151) Añád. l. 19. C. *de pactis*; pero, lo que aquí se dispone en provecho de los militares ¿deberá estenderse á los pactos sobre la sucesion futura á favor de los hijos ó con motivo piadoso? Así parece, segun lo anotado por Bart. en la l. 40. §. últ. D. *de pactis*, apoyado en el cap. últ. *de successión. ab intest.* y en la l. 21. §. 1. C. *de testam.* junto con la authent. allí insertada. Lo contrario sientan allí Ang. y Paulo de Castr., al paso que allí mismo Jason defiende latamente la opinion de Bart.: añádase que Bald. en la l. últ. C. *de pactis* col. pen. opina que el pacto de suceder, motivado por una causa piadosa, es válido, y se considera como testamento, arg. d. l. 19. C. *de pactis*: y si bien Ludov. Roman en la repet. auth. *similiter*, C. *ad Leg. Falcid.* col. 6. en el 6. *speciali piæ causæ inter contractus*, trata de impugnar la decision de Bart. por lo que mira á la causa piadosa; con todo en la misma repet. en el últ. *speciali inter contractus*, la aprueba en el supuesto de ser la disposicion á favor de los hijos, fundado en la l. últ. C. *famil. ercisc.*, y llega hasta decir en d. col. 6. que tal vez deberia admitirse en la práctica la validez del pacto á favor de causa piadosa, atendida la autoridad de Bart.: de conformidad con el parecer de Bart. decidió Alex. consil. 168. col. últ. vers. *fortificantur*; y la misma opinion siguió en la l. 15. C. *de pactis*: añád. Decio en la l. 19. C. tít. cit. 3. notab.

(152) Lo mismo tendremos si se hallan en los acampamentos, aunque no hayan entrado en accion, segun Alex. en d. l. 19. C. *de pactis*; empero, deben hallarse en tal estado que la accion sea inminente, como opinan allí Ang. y Decio, y lo manifiesta esta ley.

(153) Valdrá, pues, el pacto de que se trata,

por firme fasta la muerte de alguno dellos; el otro que fincasse, heredaria los bienes del muerto, assi como sobredicho es.

LEY 34. *Que pena merescen aquellos que non guardan las promissiones que fazen.*

Pena ponen los omes a las vegadas, en las promissiones que fazen, porque sean mas firmes, e mejor guardadas. E esta pena atal es dicha en latin, conuentionalis; que quiere tanto dizir, como pena que es puesta a plazer de amas las partes. E porende dezimos, que maguer la pena sea puesta en la promission, que non es tenudo el que la faze, de pecharla, e de fazer lo que prometio; mas lo vno (154) tan solamente (155). Fueras ende, si quando fizo la promission se obligo, diziendo que fuesse tenudo a todo (156); a pechar la pena, e a cumplir la promission en todas guisas, quantas vegadas viniesse contra el pleyto. Ca entonce bien se puede demandar la pena, e la cosa prometida.

a manera de última voluntad.

(154) No manifiesta que es lo que podrá pedirse, si la deuda principal ó la pena; y parece que será la pena, por poderse considerar novada la promesa primera, mediante la cláusula penal, l. 44. §. últ. D. *de oblig. et act.*, l. 1. D. *de penu leg.* y l. 1. §. 8. D. *ad Leg. Falcid.* Esto tendrá lugar cuando la promesa fué hecha en virtud de causa lucrativa; entónces hácese novacion de ella por medio de la cláusula penal, y en este caso procede d. l. 44. §. últ.: si proviniere de causa onerosa, no habrá tal novacion, l. 28. D. *de action. empt.*, segun la opinion de Bart. en la l. 115. D. *de verb. oblig.* col. 13., opinion que parece generalmente aprobada, y la sigue allí Alex. col. antepen. citando varios DD. conformes con ella: tampoco se entenderá hecha novacion cuando sea de buena fe la obligacion principal, d. l. 28. D. *de action. empt.*, en lo que convienen todos los DD. en d. l. 115. La distincion hecha tiene lugar cuando la convencion es obligatoria; si por el contrario fuese *liberatoria*, en ningun caso quedará novada por medio de la cláusula penal que la siga, l. 10. §. 1. D. *de pactis* y l. 122. §. 6. D. *de verb. oblig.*: sobre esta materia véase Bart. el cual distingue minuciosamente en d. l. 115. col. 15. y Bald. en la l. 1. C. *de his quæ pœn. nomin.* col. 7.; y téngase presente que por la l. últ. C. *de novat.* nada se ha innovado en punto á la estipulacion penal, segun Bart. en d. l. 115. col. 14. y esta es la opinion comun. Adviértase que lo que llevamos dicho acerca de la novacion resultante de la cláusula penal no tiene lugar por derecho de Partidas: segun él la novacion se verifica si el estipulante prefiere pedir la pena; si no le acomoda, puede exigir el cumplimiento de la obligacion principal, como se ve en la l. sig. y allí se espondrá.

(155) Entiéndase esto del caso en que se puso la pena como en resarcimiento del perjuicio total resultante de la falta de cumplimiento; y no como mera compensacion de la demora: en el último supuesto, pueden pedirse entrambas cosas, l. 23. vers. *de illo*, D. *de oblig. et act.*, l. 122. §. 1. D. *de verb. oblig.* y lo sienta Bart. en d. l. 115. tít. cit. col. 14. 10 *oppono*. Lo mismo será si la pena se puso como en castigo de la falta de cumplimiento, l. 30. D. *de recept. qui arbitr.*; esto es, cuando lo principal y la pena se piden con diversas acciones, por ejemplo, la cosa por la accion *reivindicativa*, y la pena por medio de la accion *ex stipulatu*; pero no si se demandan en virtud de un mismo título, por ejemplo, la cosa por medio de la accion que dimana de la sentencia del árbitro, y la pena con la accion *ex stipulatu*, por no haberse obedecido dicha sentencia: entónces debe elegirse entre la cosa y la pena, l. 23. D. *de recept. et qui arbitr.* y Bart. en d. l. 115. col. 15. 11. *oppono*: en caso de duda la pena se entiende estipulada como resarcimiento de perjuicios, y no por via de castigo del desprecio que se haga de la obligacion contraida, segun Juan Andr. en la reg. *bona fides*, *de reg. jur. in* 6., y Ang. en la l. 38. §. 17. D. *de verb. oblig.* Lo que aquí llevamos dicho procede en la pena convencional, mas no en la legal, l. 54. §. 3. D. *de furtis*: y sobre este punto, véanse la Glos. en la l. 4. §. últ. D. *nant. caup. stab.*, Plat. en la l. últ. C. *de locat. præd. civil.* y Bart. en la l. *id quod pœnæ* D. *de solut.*

(156) Esta es la cláusula aquella, *rato manente pacto:* añád. l. 16, D. *de transact.* y l. 17. C. tít. cit.: y dicha cláusula tiene mayor fuerza cuando se le agrega el juramento, l. 41. C. tít. cit. y allí Bald. col. 2.; véase tambien la Glos. en d. l. 17. y lo que dije en la glos. anterior. Añádase, que cuando la obligacion es tal, á cuyo cumplimiento no está precisamente tenido el deudor, sino que se libra satisfaciendo el *id quod interest.* (como sucede en las obligaciones *de hacer*, l. 72. D. *de verb. oblig.* vers. *Celsus*) aunque se ponga la cláusula *rato manente pacto*, tambien podrá librarse el deudor del modo indicado, segun Bald. en la l. 15. C. *de locato*, 2. lectur., el cual alega la l. 33. D. tít. cit.; véase tambien lo que dije en la l. 3. tít. 14. de esta Part. Algunas veces es necesario añadir á dicha cláusula, que, *no solo se caerá en la pena, si que será ella al momento exigible;* esto al efecto de impedir que se purgue la mora, como notablemente lo advierte Bald. en la l. 2. C. *de jur. emphit.* 2. lect., col. 3. vers. *quæro an dominus*, donde puede verse el ejemplo de que se

LEY 35. *Que pena meresce, el que promete de dar, o de fazer alguna cosa a dia cierto, e non la dio, nin lo fizo.*

So cierta pena, e a dia señalado prometiendo(157) vn ome a otro, de dar, o de fazer alguna cosa; si aquel dia no ouiere dado, o fecho lo que prometio, tenudo es de pechar la pena, o de dar, o de fazer lo que prometio, qual mas quisiere (158) aquel que rescibio la promission. E non se puede escusar que lo non faga, maguer el otro nunca gelo ouiesse demandado. Otrosi dezimos, que si aquel que fizo la promission, non señaló dia cierto en que la deuiesse cumplir; e despues desto, el otro le demandasse en tiempo conuenible (159), e en logar guisado, que le cumpliesse aquello que le auia prometido, e non lo quisiesse cumplir, podiendolo fazer; o seyendo tanto tiempo pasado (160), en que lo pudiera fazer, si quisiesse; que de allí en adelante, seria tenudo de le pechar la pena (161). Otrosi dezimos, que faziendo algun ome promission, de dar, o de fazer a otro alguna cosa, non señalando dia (162) cierto a que lo deuiesse cumplir, nin obligandose a pena ninguna; que si tanto tiempo dexasse passar, el que fizo tal prometimiento como este, en que lo pudiera cumplir, si quisiesse, e finco por su negligencia, que lo non quiso fazer; que dalli adelante, quel puede demandar lo que le fue prometido, con todos los daños (163), e los menoscabos, que rescibio por razon que non cumplio aquello que prometio. Pero si el que fizo la promission, quisiere luego començar á cumplir lo que auia prometido, en ante que respondiesse (164) al otro en juyzio, deuele ser cabido. E si lo cumpliere, entonce non seria tenudo de pechar los daños, nin los menoscabos que de suso diximos (165).

vale; y allí mismo puede verse tambien como la pena no puede exigirse mas de una vez en fuerza de la referida cláusula: véasele en el vers. sig., y al Specul. tít. *de locato*, §. *nunc aliqua*, vers. 38.: el mismo Bald. lug. cit. trata de la fuerza que debe darse al pacto con que se conviene, que se incurrirá tantas veces en la pena, cuantas se resistiere el cumplimiento de la obligacion, y en lo que nota á la l. 1. C. *de his quæ pœnæ nomine*, col. 7. vers. *pone, quod est cláusula*, en la Glos. á la l. 15. princ. D. *de damn. infect.* ly en Bart. en la l. 34. §. últ. D. *de arbitr.* puede verse como se cuentan estas veces de falta de cumplimiento. La cláusula de que tratamos se entiende puesta en provecho únicamente del que cumple el pacto, y jamás á favor del que contraviene al mismo, Abb. en el cap. *cum inter R. seniorem*, col. pen. *de election.* Siempre que dicha clausula se ponga con la circunstancia de ser la pena aplicadera á un tercero, quedará al acreedor salva la accion para reclamar los perjuicios resultantes de la falta de esactitud en el cumplimiento, segun Alex. en cierto consil. vol. 2.: véase sobre esta materia una glos. notable en el cap. *quicumque.*, 25. q. 2.

(157) Tanto si á título lucrativo, como si en virtud de causa onerosa, pues que la ley no distingue; y ya sea *stricti juris*, ya de buena fe la obligacion principal.

(158) Aprueba la opinion de Jacob. de Aret. y Din. referida por Bart. en la l. 115. D. *de verb. oblig.* col. 12.; opinion adoptada allí por Raf. Cum y Alex. y tambien por Bald. en la l. 14. C. *de pactis*: la opinion de Bart, que indiqué en la glos. 154, es la mas general entre los DD.; pero téngase presente que se halla desechada por esta l. de Part.

(159) Añád. l. 32. D. *de usur.*, y la Glos. y los DD. en la l. 22. D. *reb. cred.*

(160) Véase la l. 13 de este tít.

(161) Si esto lo prefiriese el estipulante, segun el principio de esa ley.

(162) Así se espresa, porque cuando la obligacion es á término y con cláusula penal, no es posible purgar la mora, l. 23. vers. *de illo* D. *de oblig. et act.*, l. 12. C. *de contrah. et commit. stipul.* y Bart. en la l. 84. D. *de verb. oblig.* col. 1.: limítese el principio en los términos que lo hace Jason en d. lug. col. 8. siguiendo á Bart. col. 2.

(163) Añád. l. 13. de este tít.

(164) Añád. l. 84. D. *de verb. oblig.* junto con la Glos. Bart. y los DD.; y esto procede aun cuando hubiese transcurrido mucho tiempo hasta la contestacion del pleyto, segun los DD. en d. l. 84., la mayor parte de los cuales opinan en contra de Bart.; y en d. l. Jason col. 5. y 6. contesta á la l. 135. §. 2. D. tít. cit. en la cual Bart., siguiendo á la Glos., se fundaba.

(165) De estas palabras y de las que preceden parece inferirse que esta ley decidió contra la opinion de la Glos. en d. l. 84. D. *de verb. oblig.*, opinion que es la general: allí la Glos. concreta la facultad, que concede la ley, de purgar la mora hasta la contestacion del pleyto, al caso que al acreedor no se le siga perjuicio; es decir que (segun Bart. en d. lug. 1. *oppos*, siguiendo á Dino) si en virtud de la mora el acreedor ha de salir perjudicado aunque se le cumpla el hecho prometido, no bastará que el deudor ejecute antes de la contestacion del pleyto el hecho indicado, si no añade la indemnizacion, segun la Glos. en la l. 21 §. últ. y l. sig. D. *de arbitr.* Sin embargo, esta ley decide claramente lo contrario, dando lugar á que se purgue la mora, sin

LEY 36. *De la pena que promete vn ome a otro, de fazer estar algund ome en juyzio.*

En latin dizen pena judicialis, a la pena que es puesta sobre promission que es fecha en juyzio; e esto seria, come si vn ome fiasse a otro en juyzio ante el judgador, prometiendo so cierta pena, quel ayudaria a estar, e a cumplir de derecho, al que ouiesse querella del (166), al plazo que pusiessen. Ca maguer este quel fiasse, non lo aduxesse al plazo quel fuesse puesto, si lo aduxesse a dos dias (167), o a tres, o a cinco, o mas, segund a bien vista del (q) judgador (168), non caeria porende en pena. Pero por este alongamiento, quel otorgamos que pueda auer demas del plazo, mandamos que non pierda (169), nin se menoscabe al otro ninguna cosa de su derecho, que ha en la demanda principal. Mas que le finque en saluo para podergelo demandar; bien assi como faria al primer plazo, que fuesse puesto. E esto dezimos que ha logar, en todas las otras penas semejantes destas, que ponen los omes sobre las promissiones que fazen los vnos con otros ante los judgadores (170).

(q) alcalle ó del judgador, Acad.

LEY 37. *Por que razon se puede escusar ome en la pena que prometio, mayuer non traxesse a derecho a aquel que prometio a traer.*

Fiando vn ome a otro en juyzio, prometiendo, e obligandose a traerle a derecho a cierto dia so cierta pena; dezimos, que si fuere embargado

necesidad de indemnizacion, con tal que se verifique antes de la contestacion del pleyto, y esto es lo mas acertado, aun atendido el derecho comun: en efecto, la cit. l. 135. §. 2. en la que la Glos. y Bart. se fundan, supone haberse espresado el dia por los contrayentes, en cuyo caso no es estraño que si se permite purgar la mora, sea con el cargo de la indemnizacion; al paso que nuestra ley y la cit. 84. D. *de verb. oblig.* hablan del caso en que por no haber fijado las partes término alguno, este viene á ser tácito legal, debiendo determinarse por el arbitrio del juez, á tenor de la l. 13. de este tít. y de la l. 21. §. últ. *de recept. qui arbitr.*; así es que, á causa de la incertidumbre no se presume tan culpable la mora como en el primer caso, Jason en d. l. 84. col. 6. princ. vers. 2. *modo principali.* Además, á la l. 21. §. últ. y á la l. 22. D. *de recept. arbitr.*, las que mas parecen apoyar la opinion de Bart. y de la Glos. que es la general, puede contestarse, que aun cuando en el caso de que hablan no haya término fijado por el árbitro, le tenemos legal, el de cuatro meses que la ley señala para cuando el árbitro calla en este punto; así es que nada tiene de estraño que no se dé lugar á purgar la mora sin la indemnizacion: empero, por nuestro derecho, en el caso de que trata esta ley, no existe término legal, como se ve por la cit. l. 13. de este tít. y por lo que allí dije; así pues, es consiguiente que se permita purgar la mora, sin el cargo de la indemnizacion. Merece particular atencion el que la l. 33. tít. 4. Part. 3., la que trae su oríjen de la cit. l. 21. §. 1. D. *de recept. arbitr.*, nada dice acerca de semejante indemnizacion para purgar la mora; y dado que deba entenderse conforme con la ley romana, entónces debe admitirse otra esplicacion, que puede verse en lo que allí espuse.

(166) Entiéndase de la accion civil: del caso en que semejante promesa recae en causa criminal se trata en las ll. 17. y 18. del tít. sig.; véase lo que allí digo.

(167) Concuerda con la l. 8. D. *si quis caut.*, y esto procede tanto en el reo que prometió estar á juicio, como en el fiador que para lo mismo intervino, como lo manifiesta esta l. y d. l. 8.

(168) Aprueba la opinion de la Glos. en d. l. 8., y con la misma se conforma Bart. añadiendo que el juez, al determinar este plazo, debe tener en consideracion las personas y los lugares, l. 137. §§. 2. y 3. y d. l. 135. §. 2. D. *de verb. oblig.*

(169) Téngase presente esta ley, la que se aparta en este pueto de d. l. 8. de la cual deriva: en ella, en el supuesto que el derecho del actor hubiese sufrido quebranto, es decir, si la accion se habia prescrito, no se daba lugar á purgar la mora; al paso que nuestra ley de Partida declara que durante la dilacion de que se trata no puede la prescripcion consumarse, y de consiguiente que podrá purgarse la mora; lo que es sumamente equitativo. Pero ¿qué diremos si el quebranto que en su derecho siente el deudor no proviene de la prescripcion, pero si de no poder ya presentar testigos que han fallecido, y cuya deposicion hubiera podido tener lugar si el convenido no hubiese demorado su comparescencia? Dígase con Alber. en d. l. 8. col. 3. al fin, siguiendo á Jacob. de Raven., que entónces no cabe purgar la mora. Por lo que mira al modo de probar los perjuicios del actor, cuando no haya pena convenida, véase al mismo Alber.

(170) Entiéndase en los preliminares de los juicios; mas no en la decision de los mismos, l. 33. tít. 4. Part. 3. y l. 21. §. últ. D. *de recept. qui arbitr. recep.*

(171) de algund embargo derecho, porque lo non puede aduzir, assi como enfermedad, o por auenidas de rios, o por otro embargo semejante destos; que non es tenudo porende de pechar la pena. E deuelo aduzir a derecho, luego que fuere libre (172) de aquel embargo. Esso mismo dezimos que seria, si alguno de los judgadores de auenencia mandassen a alguna de las partes, que fiziesse alguna cosa a cierto dia, e so cierta pena. Ca si a alguna de las partes auiniere embargo derecho, por que lo non pueda fazer; que non cae en la pena, queriendolo fazer, al mas ayna (173) que pudiere, lo quel fue mandado. E esto que diximos en esta ley, e en la otra que esta ante della, ha logar en las penas que fueren puestas en juyzio. Mas en las penas que non son puestas en juyzio, que ponen los omes entre si fuera de juyzio, si non cumpliere cada uno lo que prometio, fasta en aquel dia que señalo para cumplirlo, tenudo es de pechar la pena, e non se puede escusar por embargo (174) que aya. Fueras ende si la pena fuesse puesta sobre cosa cier-

(171) Añád. l. 2. §. 3. y sigs. D. *si quis caut.* y l. 11. tít. 7. y l. 12. tít. 23. Part. 3.

(172) Añád. cap. *cum dilecti*, 6. C. *de dolo et contum.* y allí Inoc. y el Host., cuya opinion parece aprobarse por esta ley. De esto se sigue, que si el citado no puede por algun impedimento comparecer dentro del término de la citacion, deberá efectuarlo al momento que pueda, sin esperar nueva citacion; y esto debe tenerse presente, pues que sobre este punto eran varias las opiniones, las que se hallan espuestas por Juan Andr. en d. cap. *cum dilecti*, y mas latamente por Abb. allí, col. 6 y 7: véase tambien á Ang. en d. l. 2. §. 3. D. *si quis caut.*, donde dijo ser falsa la opinion de Inoc. y que era menester nueva citacion; sin embargo, la opinion de Inoc. parece la mas acertada, y la l. 23. D. *de recept. qui arbitr.* en la que Ang. se funda, prueba lo contrario de lo que este pretende.

(173) Concuerda con la l. 23. D. *de recep. qui arbitr.*, y añád. l. 6. C. *de navicul.*, fundado en la cual Juan de Plat. dice allí, siguiendo á Andr. de Bar. que si se prescribe á un dependiente que mande con tal nave cien fanegas de trigo, y hay obstáculo por lo que mira á la nave indicada, deberá efectuarlo por medio de otra: hay en el supuesto caso dos preceptos, á saber, que se mande el trigo, y que se verifique con tal nave: además cuando el mandato es cualificado, si no es posible cumplirlo con la calidad ó circunstancia prescrita, debe á lo menos ejecutarse respecto de lo principal, cap. *gravis, de restitut. spol.* y allí Abb. ¿Y si el príncipe delega el conocimiento de una causa con señalamiento de término para fallarla, podrá el delegado dar sentencia despues de transcurrido dicho término, como si hubiese habido dos mandatos? Bald. en la l. 1. C. *de his quæ pœn. nom.* col. 6. vers. *extra quæro* está por la negativa, fundado en que el término se puso para marcar cuando espiraba el precepto, l. últ. C. *de legat.* y l. 6. C. *cuando prov. non est neces.* Añádase tambien que cuando se trata de aquello que con el tiempo puede repararse, el caso fortuito no estingue la obligacion, y si solo difiere la prestacion, como dice Bald. tratando una cuestion notable en la l. 6. D. *de operis libert.*

(174) Añád. l. 137. §. 3. D. *de verb. oblig.* junto con la Glos. en la parte *non potest* y la misma Glos. en la l. 10. princ. vers. *idem juris* D. *ad Leg. Rhod. de jactu* en la parte *idem dicemus*. Adviértase que esta ley parece aprobar la opinion de las citadas glosas, las que distinguiendo entre las penas convencionales y las judiciales, dicen que el impedimento ó estorbo que sobreviene para el cumplimiento de la obligacion hace que no se incurra en las segundas; pero no cuando la pena es convencional: así pues, por esta ley parece desaprobarse la opinion de Dyn., Bart. y otros en la cit. l. 137. §. 3, quienes distinguen entre la obligacion de cierta especie ó hecho, y la que tiene por objeto alguna cantidad de cierto género: en el primer caso, dicen, el estorbo hace que no se incurra en mora ni en pena, aun en las estipulaciones meramente convencionales, l. 5. D. *si cert. petat.* ll. 39 y 47. D. *de legat.* 1. y l. 1. §. 10. D. *de collat. bonor.*; empero, en el segundo caso el estorbo no libra de la pena, ni de la responsabilidad por la mora, l. 11. C. *si cert. petat.* y l. 77. D. *de verb. oblig.*; y segun Ang. en d. ley, el estorbo libra de la pena, sea cual fuere el carácter de la obligacion, siempre que provenga del mismo acreedor, l. últ. D. *de naut. fœn.* véase allí Juan Imol. el cual refiere lo que dicen Bart. y Ang. Por lo que llevamos dicho se ve que generalmente los DD. admiten diferencia entre las estipulaciones convencionales y las judiciales, si bien que distinguiendo como queda indicado; á lo que se opone esta ley de Partida; á mas de que la l. 20. tít. 14. Part. 7. prueba que el estorbo no libra de la pena, aunque la obligacion sea de cosa determinada, allí: *Por ende dezimos, que si aquel cuya era la cosa, fuesse obligado de la dar a alguno, o el fruto della, so pena cierta, e a dia señalado: si cayo en la pena, porque no lo pudo dar por razon que le era furtada, que estonce el daño, e el menoscabo que le auiesse por tal razon como esta, o en otra semejante tenudos serian los ladrones*, etc. Podria esta ley entenderse de la dificultad que sobreviene despues de la mora, cuando dice: *Por embargo que aya;* cuya dificultad no escusa al deudor, l. 5. D. *si cert. pet.* y l. 23. D. *de verb. oblig.*, y de esta manera no se ha-

ta que ouiesse a dar, e se perdiesse, o se muriesse sin culpa, ante del dia (175) a que la ouo a dar, o a mostrar.

LEY 38. *Como la pena que alguno promete, si non matare, o non fiziere algund yerro, que non deue valer.*

Poniendo pena algunos omes entre si, sobre promission que fiziessen, maguer la promission non sea valedera (176), vale la pena, e sera tenudo de la pechar el que la fizo. Fueras ende, si la promission fuesse fecha sobre cosa que fuesse fecha contra ley, o contra buenas costumbres. E esto seria, como si alguno prometiesse so cierta pena, de matar a algund ome, o de fazer adulterio, o de fazer otro yerro (177) semejante destos.

llará en oposicion con lo que dicen Bart., Dyn. y los DD. en d. l. 137. §. 3. D. tít. cit.; si la dificultad ó estorbo sobreviene antes de haber caido en mora el deudor, le escusará, y en este caso podrá decirse que procede la decision de los citados DD., y en apoyo de esto viene la l. 18 de este tít. junto con lo que allí dije. Podria tambien distinguirse entre la dificultad que se acerca al caso fortúito ó es verdaderamente tal, y la que no tiene semejante carácter; dando por libre de la pena y de los efectos de la mora en el primer caso al deudor, siempre que semejante dificultad le sobrevenga antes de haberse constituido en mora, en cuyos términos seria admisible la decision de Bart. y Dyn.; y en el segundo caso, esto es, cuando la dificultad no se parece al caso fortúito, admitiéndola como legítima escusa cuando la estipulacion es judicial, segun el principio de esta ley, y la l. 2. §. 3. D. *si quis caution.;* pero no si la estipulacion es puramente convencional, segun esta ley y d. l. 137. §. 3. D. *de verb. oblig.*; esta parece ser la opinion de la Glos. en d. l. 10. princ., vers. *idem juris* D. *ad Leg. Rohd. de jactu*, cuando dice, *alias difficultas, vel impossibilitas talis ad incommodum pertinet promissoris;* y lo mismo sienta Juan de Imol. en d. l. 137. §. 3. como dije ya en la l. 18 de este tít. Hecha esta distincion ya no obstará la l. 20. tít. 14. Part. 7. porque la dificultad de que allí se trata no es caso fortúito ni cosa que se le parezca, como en la l. 21. §. 3. D. *de noxal.*, sino que provenia de hurto, al cual se presume que le ha dado lugar la falta de cuidado, l. 52. §. 3. vers. *quod si á furibus* D. *pro socio* y la Glos. en el §. 3. Instit. *quib. mod. re contrah. oblig.*, por lo que no es estraño que incurra el deudor en la pena.— * Esta ley de Part. parece que deberá tomarse en su sentido literal, como lo hace al principio Greg. Lopez, y que deben desecharse las restricciones que en seguida presenta como probables. En efecto no podemos limitar esta ley al caso en que la dificultad ó embargo ha sobrevenido despues de la mora, pues que toda ella se refiere al supuesto que haya embargo que impida el cumplimiento de la obligacion antes del vencimiento del plazo, es decir, antes que el deudor cayera en mora. Lo que habrá inducido á opinar que en semejante caso quedaba libre de la pena el deudor, es que, siendo de objeto determinado la obligacion, y haciéndose imposible por caso fortúito el cumplimiento de la misma, se estingue ella, á lo que parece consiguiente que se estinga lo accesorio, esto es la pena; y este principio lo hallamos aplicado de un modo espreso á la cláusula penal que corrobora un contrato arrancado con fuerza ó miedo, l. 56. tít. 5. de esta Part.; si bien la l. sig. de este tít. nos manifiesta que no se consideró siempre como puro accesorio dicha cláusula, pues que declara efectiva la pena, aunque la promesa principal sea nula, mientras que la nulidad no provenga de lo ilícito del objeto. Sea de esto lo que fuere, la ley que se comenta es bien esplícita: siguiendo á Dyn. Bart. y otros en la l. 137. §. 3. D. *de verb. oblig.* distingue entre la pena judicial y la convencional, declarando libre de la primera al deudor que se halla imposibilitado de cumplir á causa de un caso fortúito; pero no si la pena es convencional, á no ser que la obligacion principal tuviese por objeto una cosa determinada, y se perdiese ó pereciese sin culpa del deudor, antes de la mora; por lo que se ve que Greg. Lopez padeció aquí un descuido, que solo pudo provenir de haber perdido de vista la última cláusula de la ley: *Fueras ende* etc. En cuanto á la cit. l. 20. tít. 14. Part. 7. si bien se considera no destruye en el fondo la distincion indicada, porque d. l. se refiere al supuesto que, si bien la cosa se ha perdido al parecer por caso fortúito, ese es tal que se presume generalmente preparado por el descuido del deudor; y aun prescindiendo de esto, no era justo en el mismo supuesto librar enteramente al deudor, pues que alcanzaba del ladron la cosa ó su estimacion y ademas la pena.

(175) Aun cuando hubiese sido reconvenido antes del vencimiento del término, l. 49. §. últ. D. *de verb. oblig.*

(176) Por faltarle las circunstancias legales, l. 38. §§. 17 y 20. D. *de verb. oblig.* y el §. 19. Instit. tít. cit.; pero no si la promesa fuese contraria á la ley, ó versare sobre hecho indecoroso, como se espresa á continuacion en esta misma ley, la que trae su orígen de lo que dice Azon en la suma C. *de inutil. stip.* vers. *si vero stipulor.*

(177) Añád. ll. 26, 27. y 123. D. *de verb. oblig.*, y la l. 28. de este tít.: y si se promete algo á la prostituta por el acto de prostitucion? la opi-

Ca entonce, maguer non cumpliesse tal promission como esta, non seria tenudo de pechar la pena. Otrosi dezimos, que si algund ome prometiesse a otro, de dar cosa cierta porque matasse (178) algund ome, o porque fiziesse algund yerro, non seria tenudo (179) de dar lo que prometio; maguer el otro cumpliesse aquel mal, porque le prometio de darle la cosa. Pero tambien el que fizo la promission, como el otro que cumplio el yerro por razon della, son amos tenudos (180) a rescebir la pena, o de fazer emienda de aquel yerro, segund mandan las leyes deste nuestro libro.

LEY 39. *Como la pena que es prometida por razon de casamiento, non la pueden demandar.*

Casamiento quieren fazer (181) los omes a las vegadas. E porque se acaben, obliganse a cierta pena, prometiendo los vnos por los otros, que se cumplira el casamiento. E esto fazen, porque aquellos por quien fazen la promission, que casaran en vno, non estan delante quando la fazen, o porque non son de edad (182), o por alguna otra razon. Onde dezimos, que si acaesciere, que alguno dellos non quiera cumplir el casamiento, entonce aquel que fizo la promission por el que non lo quiere fazer, nin cumplir, que non es tenudo de pechar la pena (183). E esto es, porque

nion general es que puede exigir lo que se le ha prometido: V. Bart. y Jas. en d. l. 26. y en la l. 4. §. 3. D. *de condict. ob turp. caus.*, Andr. de Yser. en el cap. 1. vers. *turpiter lucerit*, col. 2. *quib. mod. feud. amit.* donde cita á los teólogos, y latamente Palac. Rub. en las repet. cap. *per vestras, de donat. inter vir. et uxor.* en la rubr. col. 172 y sig.

(178) Lo mismo tendremos si es por no matar, l. 7. §. 3. D. *de pactis*: las leyes divinas y las humanas prohiben se reciba dinero por no cometer un delito, segun Ang. en d. l. 26. D. *de verb. oblig.*, donde dice que la regla admitirá tal vez una escepcion en gracia de la castidad, como si doy cierta cantidad á una muger prometiéndome que no se entregará á la prostitucion, arg. l. 23. C. *de nupt.* y la novel. 51., si bien segun él la Glos. en la l. 8. D. *de condict. ob turp.* opina lo contrario, y cita y se refiere simplemente á Juan de Imol.

(179) Así pues no habrá obligacion: parece aprobar esta ley la opinion de la Glos. y Bart. en d. l. 26. D. *de verb. oblig.*, á saber que la obligacion es nula, cuando la promesa se dirije á un fin ilícito, aunque no lo sea considerado en sí mismo el hecho prometido; véase en d. l. á Bart. Ang. y Juan de Imol. y á Jason, el cual contesta á la l. pen. D. *de condict. ob turp. caus.*

(180) Añád. l. 5. C. *de accusation.*

(181) Atendidas las palabras generales de esta ley será nula la estipulacion penal, sean ó no padres, parientes ó amigos de los presuntos esposos, los que la celebran: sin embargo, Bart. y en general los DD. en la l. 134. D. *de verb. oblig.* dicen, que semejante estipulacion tendrá efecto entre personas de todo punto estrañas, porque entónces no es de temer que se coarte la libertad en la celebracion del matrimonio, cuyo temor es el fundamento de la ley en ese punto: y así opinan tambien los DD. canonistas en el cap. *gemma, de sponsal.*, fundados en que en tal caso el temor de la pena no alcanza á los presuntos esposos. Empero, el Hostiense en d. cap. si bien conviene en la validez de la estipulacion penal cuando se celebra con buena fe por personas estrañas, como si de dos hablando de esponsables, promete el uno cierta cantidad si se efectuan, y otro la misma cantidad para el caso contrario, toda vez que esto no puede influir en el ánimo de los esposos; opina ser nula la promesa de esponsales, hecha en nombre de la muger, con cláusula penal para el caso que no se verifiquen, porque debe ser enteramente libre el acto principal, al que la pena se refiere; y con esta decision parece conformarse Juan de Imol. en d. l. 134. col. 2. al paso que parece aprobarse por esta ley cuando dice; *E esto fazen, porque aquellos por quien fazen la promision*, etc., cuyas palabras se refieren al caso en que se promete en nombre de los presuntos esposos. A pesar de esto, no me apartára de la opinion de la Glos. Bart. y de la generalidad de los DD. en d. l. 134 (opinion con la que parece estar conformes los canonistas en d. cap. *gemma*) mientras que con la promesa de que se trata no se toque un punto á la libertad de los contrayentes, pues que quedando esta salva, falta el motivo de la prohibicion, motivo que espresa esta misma ley, cuando dice: *Esto es, porque el casamiento non deue ser fecho por miedo de pena.*

(182) V. cap. 1. §. últ. *de desponsat. impub.* lib. 6.

(183) Aunque sea en poca cantidad, segun Bart. y otros en d. l. 134. y Abb. y otros en d. cap. *gemma*. Esto no impide que puedan intervenir arras en el contrato de esponsales, ll. 3 y últ. C. *de sponsal.* l. 1. tít. 11. Part. 4. y l. 84. tít. 18. Part. 3. junto con lo que allí latamente espuse; entiéndase de las arras ó prendas entregadas, y no de las meramente prometidas, d. l. últ. y Bart., Ang., Paulo de Castr., Juan de Imol. y Jason en d. l. 134., Abb. en d. cap. *gemma* y Socin. consil. 3. vol. 1.: puede la entrega de arras hacerse en cualquier cantidad, atendida la generalidad de las palabras de d. l. últ. y lo sientan Paul. de Cast., Ang., Imol., Roman. y Jason en d. l. 134., si bien Bart. en d. l. y Abb. en

el casamiento non deue ser fecho (184) por miedo de pena, mas por amor, e con consentimiento de amas las partes, assi como diximos en la quarta Partida deste nuestro libro, que fabla de los casamientos.

LEY 40. *Como la pena que es puesta por razon de vsura, non la pueden demandar.*

Otorgan los omes, e prometen vnos a otros, de dar, o de fazer alguna cosa, obligandose a pena cierta, si non cumplieren aquello que otorgan, o prometen. E mueuense a poner esta pena en las promissiones, por dos razones. La primera, porque aquellos que prometen de dar, o de fazer la cosa, sean mas acuciosos a cumplir la promission, por miedo de la pena. La segunda es, porque algunos engañosamente lo fazen, por auer ocasion de leuar alguna cosa como en razon de vsura. E porende dezimos, que si la pena es puesta sobre cosa que promete alguno de fazer (185), que cae en ella aquel que fizo la promission, e que es tenudo de la pechar, si non faze aquello que promete de fazer; assi como diximos en las leyes ante desta. Mas si la pena fuesse puesta sobre quantia cierta, que prometiesse alguno de dar (186); si aquel que recibe la promission, es ome que aya vsado de recebir vsura, entonce non es tenudo de pechar la pena el que fizo la promission, maguer non lo cumpla al plazo. Pero si el que recibe la promission, fuese atal ome, que nunca ouiesse rescebido vsura (187), entonce

d. cap. *gemma* opinan que las arras no pueden esceder la cantidad de la dote ó donacion *propter nuptias*, entendiéndose que la dote no esceda de lo prescrito en la l. 11. C. *de repud.* La razon de diferencia entre las arras y la estipulacion penal consiste segun los DD. en que esta se interpone con facilidad, atendido que no pasa al principio de una simple promesa; al paso que como que exigen entrega real las arras, es muy difícil que tengan lugar; de lo que Juan de Imol. en d. l. 134. col. pen. infiere que si se entrega cierta cantidad á título de pena para el caso de no celebrarse el matrimonio, el acto se tendrá por dacion de arras, porque de lo contrario tendriamos que la ley se aplicaba á las palabras y no al fondo de las cosas, contra lo prevenido en las ll. 1. y 2. C. *commun. de leg.* y 2. D. *de constit. pecun.*; téngase presente esta bella decision.—* La donacion que las leyes de Toro denominan arras no puede esceder de la décima parte de los bienes del esposo, y la esponsalicia no puede ser mas de la octava parte de la dote; ll. 1. 6 y 7 tít. 3. lib. 10. Nov. Recop.

(184) ¿Qué dirémos si se promete con cláusula penal que no se disolverá el matrimonio? véase la l. 19. D. *de verb. oblig.* y la Glos. y en ella Imol. col. 2. en d. l. 134. D. tít. cit.

(185) Añád. l. 37. C. *de transact.* y l. 47. D. *de act. empt.*

(186) Añád. l. 15. C. *de usur.* y l. 13. §. 26. D. *de act. empt.*: luego cuando la cláusula penal se inserta á la promesa de cierta cantidad de dinero ó de otra cosa fungible, se entiende puesta por via de usura; pero no cuando la promesa consistiere en algun hecho ó en cosa no fungible, pues que entónces no cabe la usura, Paul. de Castr. en d. l. 15., y allí dice este D. que si el árbitro ordenó bajo pena la entrega de cierta cantidad, podrá aquella pedirse, porque no solo se entiende puesta para la entrega de la cantidad, si que tambien para que no quede desairado el mandamiento del árbitro, de consiguiente parece recaer sobre un hecho: es notable lo que sobre esta materia espone Alex. en la l. 38. §. 17. D. *de verb. oblig.* col. 3 y 4; y en punto á la sentencia del árbitro, lo mismo que Cast. opinan Bald. en d. l. 15. y Alex. en la l. 5. §. últ. D. *de verb. oblig.* en la Glos. sobre la palabra *committitur*, donde refiere los que sostienen la opinion contraria. Lo mismo deberémos decir en el caso de transaccion, si la pena tiene por objeto la entrega de cierta cantidad, segun Bald. en d. l. 15. y en la l. 37. C. *de transact.* y Alex. consil. 119. col. pen. vol. 2. Sin embargo, lo contrario en el supuesto de transaccion sostiene Alex., siguiendo á Rayner., Butric., Paul. y Fulgos. en d. l. 37. y en la l. 2. §. últ. D. *de verb. oblig.* y en el concil. 50. vol. 4. siguiendo á Antonio de Prato. Pero ¿que dirémos si el hecho, al cual accede la cláusula penal, tiende á la esaccion de cierta cantidad, o se subroga en lugar de la misma? V. Bart. en la l. 82. D. *de condit. et demonst.*, Juan Andr. en las adiciones al Specul. tít. *de oblig. et solut.* §. *ante omnia*, vers. *sequitur est* vol. 3. y Alex. en d. l. 82. y en d. conc. 50. donde refiere que la opinion de Bart. es la general. ¿Y si la pena que accede á la promesa de cierta cantidad, debe entregarse en su caso, no al acreedor, sino á un tercero? Véase Bart. en la l. 98. §. 5. D. *de solution.*, cuya opinion sostiene Alex. en d. l. 38. §. 17. D. *de verb. oblig.* En esta materia téngase presente lo que dice Bald. en el cap. único vers. *pone emphiteota* y sig. *qualiter dominus propiet. fendi privet.*, á saber que si el enfitéuta prometió pagar el censo de dos dineros bajo la pena de cien libras, será esta exigible, porque parece subrogada en lugar del derecho de espulsion, y de consiguiente en lugar de un hecho: añádase á lo dicho, lo anotado por Abb. en el cap. *dilecti* al fin, *de arbitris* col. antepen. y pen.

(187) Tenemos espreso aquí, que la pena pues-

tenudo seria de pechar la pena el que fizo la promission, si non diesse aquello que auia prometido de dar. Otrosi dezimos, que todo pleyto, o postura, que sea fecha ante testigos, o por carta, por engaño de vsura, que non deue ser guardada. E esto seria (188), como quando aquel que presta los dineros en verdad, toma por ellos algun heredamiento en peños, e faze muestra de fuera, que aquel que gelo da a peños, que gelo vende; faziendo ende fazer carta de vendida, porque pueda ganar los frutos (189), e que nol sean demandados por vsura. E por ende dezimos, que tal engaño como este non deue valer, seyendo prouado (190) tal pleyto, que verdaderamente fuesse prestamo, e la carta de la vendida fuesse fecha por enfinta.

TITULO XII.

(a) DE LAS FIADURAS QUE LOS OMES FAZEN ENTRE SI, PORQUE LAS PROMISSIONES E LOS OTROS PLEYTOS, E LAS POSTURAS QUE FAZEN SEAN MEJOR GUARDADAS.

Fiaduras fazen los omes entre si, porque las promissiones, e los pleytos que fazen, e las posturas, sean mejor guardadas. E porende, pues que en el Titulo ante deste fablamos de las promissiones, queremos aqui dezir de las fiaduras, que fazen por razon de ellas. E mostraremos, que quiere dezir fiadura. E a que tiene pro. E quien la puede fazer. E por quien. E sobre que cosas. E en que manera deue ser fecha la fiadura. E que

ta para el caso de no entregarse cierta cantidad no se presume usura paliada, á no ser que el estipulante tuviere por costumbre dar á logro, así pues aprueba esta ley la opinion de Innoc. en el cap. *suam, de pœnis*, y de la Glos. en la l. 33. D. *de usur.*, y en la l. 23. D. *de petit. hæredit.* glos. últ., y de la Glos. en el cap. *illo vos, de pignor.* glos. últ., de Archid. en el cap. *cum devotissimam*, 12. q. 2. y Bart. en la l. 90. D. *de verbor. obligat.* Al contrario, opinan que en todo caso dicha pena debe tomarse por usura, la Glos. en la l. 13. §. 26. D. *de action. empt.* y en la l. 15. C. *de usur.*, Jacob. Butric. en la l. 9. §. 1. D. *de usur.* y con el Florian., Juan Andrés adic. al Specul. tít. de *obligat. et solut.* §. *ante omnia* vers. *sequitur*, Ang., Imol. y Alex. en d. §. *alteri*, donde Jas. adhiere á la misma opinion: la sostienen tambien Abb. y Juan de Imol. en d. cap. *dilecti, de arbitr.*, Cino en d. l. 15, y Anton. de Prat. citado por Alex. en el consil. 49. vol. 4.: esta pues será la opinion comun. Téngase presente que esta ley de Part. aprueba la primera: con todo esceptúese el caso en que la pena fuese puesta para cada uno de los meses ó años que se retardare el pago, pues que entónces seria usura, segun Bart. en d. l. 90. D. *de verb. obligat.* fundándose en ella. Procederá pues esta parte de la ley cuando no haya mas que una pena. Esceptúese tambien el caso en que se hubiese estipulado que podria pedirse la deuda principal junto con la pena; ó que esta esceda la cantidad de dicha deuda, dado que para que haya usura basta estipular una cantidad mayor que la prestada, y así opina Bald. en d. l. 15. 1. oppo.: empero, si la pena es menor que la deuda principal, y no puede pedirse mas que una de las dos (lo que es regular, segun las ll. 34 y 35 de este tít. junto con lo que allí dije) no hay razon para que la califiquemos de usura, si consta de la justicia de la deuda principal, y así opina Bald. en d. l. 15, col. penult. vers. *deinde quæro de tali quæstione.* Por lo que mira al supuesto que la pena sea impuesta en testamento, véase al mismo Bald. en d. l. 15, oppo. 9 y 10. y Alex. en d. §. *alteri* col. 5.

(a) De las fiaduras et de las cosas que los homes facen por mandado dotris ó de su voluntad sin mandado de los dueños dellas. Acad.

(188) Deriva esto de la l. 3. C. *plus valere quod agitur* y de lo anotado allí por la Glos., y del cap. *ad nostram* 5. *de empt. et vendit.*

(189) Viene en apoyo de lo que nota Bart. en el consil. 65, á saber que si se pretende ser simulado un contrato, ya accionando, ya escepcionando, debe especificarse la especie de simulacion; de otra suerte sucumbirá el que semejante accion ó escepcion proponga; lo que debe entenderse si la parte contraria opone ese defecto de prueba, segun Bald. y Salicet. en la l. 23. C. *mandat.*

(190) No se presume simulado el contrato, mientras no se pruebe serlo, segun esta ley, la l. 14. al fin D. *qui et á quibus*, el cap. últ. *de renunciat.* lib. 6 y la l. 4. C. *siquis alteri vel sibi* junto con la Glos.; mayormente si el contrato se redujo á escritura pública, segun la l. 18. C. *de probat.* y la Novel. 73. cap. 7.: no se presume usurario el contrato sin que se pruebe, segun Bart. en la l. 11. §. 1. D. *de rebus credit.*; á mas de los lugares citados prueba lo mismo la l. 6. D. *de probat.*, es decir que quien dice ser simulado el contrato debe probarlo. Empero esta prueba podrá tambien hacerse por medio de indicios y argumentos, cap. *cum in diœcesi* 15. *de usur.* y Jas. en la l. 50. D. *de verbor. obligat.* Las presunciones que inducen simulacion las trae Bart. Cæpol. en su tratado *de simulat. contract.*; v. Alex consil. 46. vol. 3.

fuerça ha. E como se puede desatar. E despues desto diremos de todas las otras cosas, que los omes fazen vnos por otros, por su mandado, o sin el, de que nasce obligacion entre ellos, que es otra manera de fiadura.

LEY 1. *Que quiere dezir fiadura, e a que tiene pro, e quien puede ser fiador, e quien non.*

Fiador (1) tanto quiere dezir, como ome que da su fe (2), e promete a otro, de dar, o de fazer alguna cosa, o por mandado (3), o por ruego (4) de aquel, que le mete en la fiadura. E tiene grand pro a aquel que la recibe, ca es porende mas seguro de aquello quel han a dar, o fazer: porque fincan amos a dos obligados (5), tambien el fiador, como el debdor principal. E dezimos, que puede ser fiador, todo ome que puede fazer promission, para fincar obligado por ella. Otrosi pueden recebir fiadores, todos aquellos que pueden recebir promissiones (6), assi como dizen en el Titulo ante deste, que fabla de las promissiones.

LEY 2. *Quales non puedan ser fiadores.*

Omes señalados son, que maguer pueden fazer promissiones por si, que non pueden ser fiadores por otri. Assi como los Caualleros (7) de la mesnada del Rey, que reciben soldada del Rey, e bien fecho del. Ca estes atales non deuen recebir los omes por fiadores, porque non se embargue el seruicio que han de fazer al Rey. Otrosi, porque los omes non podrian auer derecho dellos tan bien, nin tanto ligeramente, como de los otros. E señaladamente defiende la ley (8), que

(1) La palabra fiador es general, de modo que abraza tambien al mandante, al *reus constitutœ pœcuniœ*, al *expromissor* y al *sponsor*, segun Azon en la suma C. *de fidejus.*; empero esta ley la toma en su sentido riguroso: sobre la diferencia que hay entre los dichos, véase la Glos. en la Novel. 4, princ. sobre la palabra *fidejussorem.*

(2) *Gratiam fidejussoris ne obliviscaris: dedit enim pro te animam suam*, Ecclesiast. cap. 29. vers. 20.

(3) Pues que si lo hizo sin preceder mandato ó ruego, mas bien que fiador se dirá *sponsor*; si bien á este tambien se le da la accion *mandati*, l. 40. D. *mandat.* y la Glos. en d. Novel. 4. princ. Y si me obligué á salir fiador por tí, ¿ quedaré sujeto á obligarme sin que tú te obligues? Niégalo Bald. en la l. 3. C. *de verbor. significat.*, pues que no me obligué á constituirme principal deudor: alega la l. 8. D. *de usufruc. ear. rer. quœ usu consum.* El que tiene poderes para afianzar una deuda, se considera facultado para pagarla, l. 47. D. *de condict. indeb.* y allí Bart., Bald. siguiendo á la Glos. en la l. 10. C. *mandat.*, y la misma Glos. y los DD. en el cap. últ. de *fidejussor*. Acerca de si se dirá fiador el que prometió pagar en nombre de Ticio, v. Bart. en la l. 97. D. *de verbor. obligat.*

(4) No es prohibido recibir remuneracion por el hecho de afianzar una deuda, l. 19. §. 1. D. *de donat.* y allí Bart., Bald. en la l. 25. C. *ad Vellej.* fundado en ella, l. 6. §. últ. D. *mandat.* y l. 3. de este tít. vers. *la quinta*: trae sus perjuicios la fiaduría.

(5) Es pues accesoria la obligacion del fiador, l. 34. D. *de fidejussor.*, así como la del *reus constitutœ pœcuniœ* y la del mandante, como lo advierte la Glos. en la l. 19. C. *de fidejussor*: añádase á esta ley el §. últ. Institut. *de replicat.*

(6) De los que se trata en la l. 4. tít. 11. de esta Part.

(7) Añád. l. 31. C. *de locat.*, y entiéndase esto de los militares en campaña, ó que se hallan al servicio del Rey, l. 6. tít. 5. Part. 3, l. últ. vers. *jubemus* C. *de locat.*, Alberic. en la l. 7. C. *de procurat.* y el Specul. al cual llevo citado en d. l. 6.; además lo prueba esta ley mas abajo, cuando dice, *que resciben soldada del Rey*, y allí, *porque non se embargue*, y añádase lo que dije en la l. 49. tít. 5. de esta Part.: ahora, atendiendo al fundamento espreso de la prohibicion tendrémos, que será nula la fiaduría de los militares, aunque renuncien este privilegio: lo contrario opinó Azo en la suma C. *de fidejussor.* vers. *fidejubere possunt.* — * La incapacidad de los militares en este punto, data del emperador Leon, esto es, de una época en que la espada podia á cada paso inclinar la balanza de la justicia: esta fué la razon principal que indujo á privarles de toda intervencion en los negocios agenos y del arrendamiento de los predios rústicos, d. l. 31. C. *de locat.*; razon que el mismo testo indica, si bien valiéndose además, y en primer lugar, del plausible pretesto de remover todo cuanto pudiera distraer al militar del servicio de las armas. En el reinado de Don Alonso el Sabio, la fuerza del poder no era á la verdad mayor que en el imperio romano de oriente en el siglo sesto; de consiguiente, el fundamento de la incapacidad existia. Mas en nuestros dias es muy dudoso si debe aplicarse ó no por los tribunales la disposicion de que se trata, mayormente si la cuestion versa sobre fiador que ha intervenido ya; y no acerca de si es ó no capaz el que se ofrece en cumplimiento de convencion ó de mandato judicial.

(8) Pero ¿ qué ley es está? La l. 31. C. *de locat.*

los Caualleros non pueden ser fiadores, por aquellos que arriendan, o tienen en fieldad los almoxarifadgos, e las rentas del Rey, e los otros derechos del Rey. Esso mismo dezimos de los Obispos (9), e de los Clerigos reglares (10), e de los Religiosos (11). Ca podria ser, que por razon de la fiadura se embargaria el seruicio que han de fazer a Dios; e viene daño ende a la Eglesia. E aun dezimos, que ningun sieruo non puede entrar fiador por otri. Fueras ende, si ouiesse pegujar apartado, quel ouiesse dado su señor. Ca entonce, por las cosas que pertenecian al pegujar, bien podria entrar fiador por otri. Otrosi dezimos, que muger ninguna non puede entrar fiador por otri. Ca non seria cosa aguisada, que las mugeres andouiessen en pleyto, por fiaduras que fiziessen, auiendo a llegar a logares do se ayuntan muchos omes, a vsar cosas que fuessen contra castidad, o contra buenas costumbres, que las mugeres deuen guardar.

LEY 3. *Por quales razones pueden las mugeres ser fiadores por otri.*

Muger, diximos en la ley ante desta, que non puede entrar fiador por otri. Pero razones y a, por que lo podria fazer. La primera es, quando fiasse alguno por razon de libertad (12). E esto seria, como si alguno quisiesse afforrar su sieruo por dineros, e le entrasse alguna muger fiador

habla en general y no espresa este caso: tal vez se referirá á la l. 1. C. *quibus ad conduct. predior. fiscal. accedere non liceat.*

(9) Que los obispos no pueden salir fiadores nos lo dicen á mas de esta ley, el cap. *te quidem* 11. q. 1. y la l. 6. tit. 18. lib. 3. del Fuero Real: empero la Glos. en d. cap. 11. hablando de los clérigos en general, dice, que si de hecho afianzaren valdrá el acto; y lo mismo opina Montalvo en la Glos. á d. l. del Fuero hablando del obispo. Empero, á mi me parece que esta ley quiso equiparar en este punto los obispos, los militares y los religiosos: de consiguiente, así como seria nulo el acto de fiaduría de los militares, y de los religiosos, segun se deduce por lo que mira á los primeros, de aquellas palabras *non puedan*, y lo prueban además las citadas ll. 7. C. *de procurat.* y últ. C. *de locat.*; y en cuanto á los segundos lo prueba el cap. *quod quibusdam* 4. *de fidejussor*; tendrémos que será tambien nulo el afianzamiento que parte de un obispo. Los obispos se hallan en estado de grande perfeccion, como que han sucedido á los apóstoles, segun el cap. *in novo*, 21. dist.; y ese estado de perfeccion debe ser en mayor grado en los obispos que en los demás religiosos, como trata de probarlo Juan. Lup. dean de Segovia en su tratado de *matrimonio* fol. 3. col. 1, 2 y 3. Opino sin embargo, que en la práctica se seguirá la opinion de la Glos. y de Montalv. en los lugares citados, haciéndose la obligacion efectiva en los bienes patrimoniales del obispo y en los réditos del obispado. — * A favor de esta última decision está la disposicion espresa de la cit. l. del Fuero Real, pero la de esta l. de Part. es demasiado terminante, como lo advierte ya nuestro glosador, para que se admita la indicada limitacion.

(10) Parece indicar que no alcanzará la prohibicion á los clérigos seglares, segun los cap. 1, 2 y 3. *de fidejussor.* donde pueden verse Abb. y los DD., y la l. 45. tít. 6. Part. 1. Empero los clérigos de las iglesias colegiatas, ó regulares, no pueden ser fiadores, segun esta ley; deberemos decir de ellos lo mismo que de los demás religiosos, segun los DD. en d. cap. 1. *de fidejussor.* y allí Abb. 4. lect. — * La cit. l. 6. tít. 18. lib. 3. del Fuero Real, comprendia tambien en la prohibicion los clérigos seglares. Véase en la cit. l. 45, tít. 6. Part. 1. los casos en que puedan afianzar.

(11) Sobre los religiosos véase el cap. *quod quibus dam* 4. *de fidejussor.* — * Téngase presente que por el decreto de córtes de 22 de julio de 1838, art. 38. los religiosos secularizados y esclaustrados de ambos secsos gozan de la testamentifaccion, de la capacidad para adquirir entre vivos, ó *ex testamento* ó *ab intestato*, y de los demás derechos civiles que corresponden á los eclesiásticos seculares; de consiguiente, equiparados en cuanto al derecho civil á los clérigos seculares, á la par que estos podrán ser fiadores. A los incapaces que se enumeran en esta ley de Part., debemos añadir los labradores, á quienes está prohibido afianzar, á no ser que la obligacion principal sea contraida por otro labrador, ó que se trate de los intereses de la Hacienda pública, l. 16. tít. 31. lib. 11. y l. 8. tít. 11. lib. 10. Nov. Rec.; siendo de ningun efecto la renuncia del labrador en este punto, l. 16. cit. Además, tampoco podian los labradores obligarse como principales por los señores bajo cuya jurisdiccion vivian, l. 6. del cit. tít. 11.; pero esta ley carece de objeto despues de abolidos los señoríos jurisdiccionales.

(12) Añád. l. penúlt. C. *ad Vellej.*, y parece deberá decirse lo mismo si la muger sale fiadora por alguna causa piadosa; puesto que procede el argumento de la libertad á dicha causa y viceversa, Bart. en la l. 12. C. *de testam.* y en la l. 3. D. *de his quæ in testam. delent.*, Jas. en la l. 41. vers. *placebat* D. *de rebus credit.* y Bald. en la l. 16. C. *de fideicomiss. libert.* y en la l. 1. C. *de remission. pignor.* Y lo que es mas, hay mayoría de

por los dineros del afforramiento. La segunda es si fiasse a otri por razon de dote (13). Esto seria, como si alguna muger entrasse fiador a algun ome, por darle (14) la dote que deuia auer de la muger con quien casasse. La tercera es, quando la muger fuesse sabidora (15), e cierta, que non podia, nin deuia entrar fiador, si despues (16) lo fiziesse, renunciando (17) de su grado, e desamparando el derecho que la ley les otorgo a las mugeres en esta razon. La quarta razon es, si algu-

razon á favor de la libertad; dado que la emancipacion del esclavo no es causa piadosa, pues que no dice respecto á su alma, segun lo anotado en la l. 17. D. *de legat.* 2., y Juan de Platea en la l. 1. *de bonis vacant.* col. 2.: á esto se agrega que la dote y la causa piadosa se equiparan entre sí, Bart. en la l. *si cum annum* D. *de annuis legat.* y Bald. en la l. 5. C. *de obligat. et act.* Con todo parece probar lo contrario la Novel. 115. c. 3, §. 8. cuando dice, *in sua cum noluerit fidejussione suscipere*, y mas adelante, *ad masculos tantummodo liberos volumus pertinere*, y la Glos. en dicho lugar, así como la l. 4. tít. 7. Part. 6., donde se lee: *Otrosi dezimos, que seyendo el padre preso... Ca a las mugeres defiende el derecho que non puedan fiar á otri*; advirtiéndose que esto se refiere á un objeto piadoso, cual es el sacar de la cárcel al padre preso por deuda ó por delito, como lo notan la Glos. en el cap. *sacrorum*, 12. q. 2, Bald. en la auth. *similiter* C. *ad leg. falcid.* y en la l. 19. C. *de sacros. eccles.* y segun Abb. en la l. 20. D. *solut. matrim.*

(13) Añád. l. últ. C. *ad Vellej.*, cuya ley no es tan esplícita sobre este punto, como lo nota allí Paul. de Castr., diciendo que ella se refiere al caso en que la muger se obliga como deudora principal: empero la Glos. y los DD. la estienden tambien al supuesto de ser accesoria la obligacion: y esta es la opinion adoptada por nuestra ley.

(14) Lo mismo dirémos, y con mayoría de razon si sale fiadora de la restitucion de la dote, en caso que la fiaduría sea admisible, segun Bald. nov. tratado *de dote* part. 6. privilegio 12, lo que dice ser digno de notarse por sus grandes consecuencias: por ejemp. si la madre ú otro pariente de la mujer afianzase á ella la restitucion de la dote (en cuyo caso no tiene aplicacion el título *ne fidejussor. dot. dent.*) dicha su madre no podrá alegar el senadoconsulto Veleyano: v. al citado Bald. en el privilegio 57. donde además sostiene que el hijo de familias que recibe mútuo por causa de dote no puede alegar el S. C. Macedoniano; en lo que no puedo convenir, no hallándose semejante escepcion respecto de dicho S. C. y si solo por lo que mira al Veleyano.

(15) Esto manifiesta que la simple renuncia del S.C. Veleyano no hace presumir que á la muger se la haya cerciorado del beneficio que él le atribuye, circunstancia necesaria para la validéz de la renuncia; y así opinan Azon en la suma C. *ad Vellej.* col. 2. y la Glos. en la l. últ. §. penult. D. d. tít. en las palabras *non usuram* y en la l. 30. D. *de verbor. obligat.*; dado que se presume que la muger ignora el derecho, l. 25. §. 1. D. *de probat.* y l. 2. §. últ. D. *de jur. fisc.*; y atendido que la renuncia no se entiende á lo que no se tuvo presente, l. 19. D. *de inofic. testam.* y l. 5. D. *de transact.* Esceptúese el caso en que interviniese juramento, cap. *ex rescripto* 9. *de jurejur.* y Alex. en d. l. 30. col. 7. Esceptúese tambien el caso de la l. 22. C. *ad Vellejan.* y v. allí Bald. Acerca de si bastará que en el instrumento se lea que la muger ha sido cerciorada del beneficio, véase Alberic. en la l. 2. C. *de hæretic.*; y Alex. en d. l. 30. col. 8., donde está por la afirmativa si el escribano supiese lo que era el S. C. Veleyano.

(16) Es decir, si afianzare renunciando al beneficio despues de habérsela cerciorado de él.

(17) Aprueba la opinion de Azon en la suma C. *ad Vellej.*: Jas. en la l. 29. C. *de pact.* col. 6. y Decio allí en el número 30, dicen ser esta la opinion comun: téngase presente, que no hay ley romana que lo esprese; al contrario, segun varios DD. deberá decirse lo contrario por derecho comun, segun Alberic. y Bart. en la l. últ. §. últ. D. *ad Vellej.*, Angel. en la l. 1. y Bart. y Salic. en la l. últ. C. d. tít., Abb. en el cap. *si diligenti, de for. compet.* y Decio en el lugar citado. Debemos esceptuar de esta ley de Part. el caso en que la muger saliese fiadora por su marido, pues entónces no bastará esta renuncia, auth. *si qua mulier* C. *ad Vellej.*, Bart. en la l. últ. y Bald. en la l. 1. C. d. tít.; porque no pudiendo en rigor obligarse por el marido, ningun efecto podrá producir dicha renuncia: hállase además espresamente prevenido esto en la l. 61. de Toro. El beneficio de d. auth. y de la citada l. de Toro, no puede renunciarse, á no ser con juramento, prometiendo no usar de ningun remedio legal segun Paul. de Castr. en d. auth., donde puede verse Bald., y toca este punto Jas. en d. l. 30. D. *de verbor. obligat.* col. 10. Otra escepcion admitirá nuestra ley, á saber, si la muger afianza delante testigos sin escritura; es entónces de ningun efecto la renuncia, l. 23. §. 2. C. *ad Vellej.* y Bald. en d. l. 1., siendo tambien entónces de ningun efecto la fiaduría. Segun Bald. en d. l. 23. al fin y en la l. 1. C. *ne uxor pro marit.* la renuncia no opera en caso alguno sino media

na muger entra fiador por otri, e durasse en la fiadura fasta dos años, e dende adelante diesse peños aquel a quien entro fiador, o le fiziesse carta de nueuo, en que renouasse (18) otra vez la fiadura. Ca entonce deue ome asmar (19), que el principal debdo sobre que fue la fiadura fecha, mas pertenesce a ella, que aquel por quien entra fiadora. La quinta razon es, si la muger recibiesse precio (20), por la fiadura que fiziesse. La sesta es, quando la muger se vistiesse vestiduras de varon (21) engañosamente, o fiziesse otro engaño qualquier porque la recibiesse alguno por fiador, cuydando que era varon. Ca el derecho que han las mugeres en razon de las fiaduras, non

juramento en los términos que llevo indicados: empero como la disposicion de la citada l. 23 no se halla adoptada en las Part., bastará tal vez la simple renuncia en los términos que esta ley indica; si bien será mas seguro que la muger la corrobore con juramento en la misma escritura, en la forma que llevo indicada. —* La l. 61. de Toro (3. tít. 11. lib. 10 Nov. Rec.) ha hecho alguna variacion en esta materia, tomando como por norma la auth. *si qua mulier* C. *ad Vellej.*, la que no se tuvo en cuenta al redactar esta ley de Part. Dispone la cit. l. 61.: 1.º que la muger no pueda obligarse por fiadora del marido, aunque se diga y alegue que la deuda se convirtió en provecho de la muger: 2.º que no resulte obligada cuando quiso hacerlo de mancomun con el marido; á no ser que la deuda se convirtiere en provecho de ella, obligándose entónces á prorata de ese provecho, siempre que él no consistiere en cosas que el marido está obligado á proporcionarle, como vestidos, manutencion etc.: 3.º que la muger pueda obligarse como fiadora ó de mancomun con el marido, siempre que la mancomunidad ó fianza tenga por objeto los intereses de la hacienda pública. —Se preguntará tal vez, si la muger puede renunciar á esta ley. Contestamos que si la renuncia tuviese fuerza, la primera parte de la ley de Toro hubiera sido inútil, porque ya era nulo el afianzamiento sin la renuncia por la de Partidas. Cuando la renuncia ha sido corroborada con juramento la dificultad es mayor; sin embargo, si atendemos que la ley al declarar nulo el afianzamiento de que se trata, parece haberse fundado en una fuerza moral presunta; y que es nulo el juramento que accede á un contrato celebrado por miedo, fuerza á dolo, segun la l. 56 tít. 5. y l. 28. tít. 11. de esta Part., deberemos concluir que será nula la renuncia á pesar del juramento.

(18) En el derecho se da bastante valor á la reiteracion de un acto, como, se ve en esta ley y en la l. 22. C. *ad Vellej.*; véase en ella Bald., y Præpos. en su tratado *de verbis geminatis* donde trata latamente esta materia, así como Palac. Rub. en las repet. cap. *per vestras* en la rubr. col 74. y 75, Jas. en la rubr. D. *de verbor. obligat.* col. 4. y en la l. 94. d. tít., Bald. en la l. 3. C. *de precib. Imper. offerend.*, Decio consil. 33., Bald. novel. en el tratado *de dote*, fol. 50. col. 1. y Felin. en el cap. *de hoc, de simonia*, donde dice que la confesion estrajudicial repetida basta para imponer pena, como si fuese judicial dicha confesion: fúndase en la doctrina de Bart. en la l. 22. C. *de agric et censit.*, empero Bart. habla de la confesion en materia civil, la que segun el mismo Felin. en el cap. *olim, de rescript.* col. 4. no puede equipararse á la que recae sobre hecho criminal; de lo que se sigue que su opinion en d. cap. *de hoc* es peligrosa, como lo advierte Juan Bernard. de Lug. en sus reglas y variaciones en la parte *confessus de crimine* regl. 86.

(19) Esta presuncion, pues, es el fundamento de nuestra ley y de d. l. 22. C. *ad Vellej.* Luego, si esto no fuese cierto, será nulo el acto de fiaduría: así pues, si en la primitiva escritura se hubiese prevenido que se hiciera esta renovacion dentro los dos años se presumirá que hubo colusion ó fraude, segun Bald. en la l. 4. al fin C. *de non numerat. pecun.* Empero ¿será escuchada la muger si quiere probar en contra de esta presuncion? Parece que no, por lo mismo que la ley dispone fundándose en la misma presuncion, como dice la Glos., en el cap. *ferrum*, dist. 50.

(20) La entrega del precio deberá probarse por medio de testigos ó por confesion hecha en el mismo instrumento, como lo dispone la l. 23. C. *ad Vellej.*, y perfectamente allí lo esplica Paul. de Castr. ¿Será bastante cualquier precio? Así opina Oldrald. citado por Alberic. en d. l. 23, de la cual esta trae su orijen, fundándose en la l. 5. D. *de administrat tutor.* y en la l. 6. D. *de bonis damnat.*, si bien Cino allí sostiene que la muger debe recibir un precio equivalente á la cantidad de la cual sale fiadora, en lo que no conviene Bald. atendido que se hallaba este caso decidido por derecho del Digesto en la l. 22. D. *ad Vellej.* Digase pues siguiendo á Bald. que el precio debe ser el que hubiera decidido en semejante caso á un hombre discreto; de lo que infiere que esto dependerá del arbitrio del juez: esta opinion parece bastante acertada, no obstante que Salic. en d. l. quiere que sea bastante cualquier precio: empero, la opinion comun está en contrario.

(21) Esto es abominable delante de Dios, Deuteron. cap. 22. vers. 5. y S. Ambros. epist. 15; sin embargo le será lícito á la muger, si se propusiere un fin honesto, por ejemp. si tuviese que emprender un largo viaje, como lo nota

les fue otorgado para ayudarse del en el engaño (22); mas por la simplicidad, e por la flaqueza que han naturalmente. La setena razon seria, quando la muger fiziesse fiadura por su fecho mismo (23). E esto seria, como si entrasse fiador por aquel que la ouiesse fiado a ella, o en otra manera semejante desta, que fuesse a su pro, o por razon de sus cosas proprias. La octaua razon es, quando la muger entra fiador por alguno, e acaesciere despues desso, que ha de heredar (24) los bienes de aquel que fio. En qualquier destas ocho razones (25) sobredichas, que entrasse la muger fiador por otri, dezimos que valdria la fiadura, e seria tenuda de la cumplir.

LEY 4. *De los omes que fian a los moços que son de menor edad.*

Fiando algun ome a moço que fuesse menor de veinte e cinco años; si a tal menor como este fuesse fecho engaño (26) sobre lo que es fecha la fiadura, non es tenudo el menor, nin el que lo fio, en quanto montare (27) el engaño; ante dezimos, que deue ser desfecho. Mas si en aquella cosa, o en aquel pleyto sobre que era dado el fiador, non fuesse fecho engaño; como quier que el moço se podria ayudar, del derecho que le es otorgado por razon (28) que es de menor edad, desatando la postura, o el pleyto, porque fuera fecha a daño del (29); con todo esso, el fiador finca obligado (30), para complir la fiadura, maguer non quiera. E non se podria escusar de lo fazer, por tal razon como esta. E demas, si pechare alguna cosa en esta manera, non la puede demandar al menor.

LEY 5. *Sobre que cosas, e pleytos, pueden ser dados fiadores.*

Fiadores pueden ser dados sobre todas aquellas cosas, o pleitos, a que ome se puede obli-

Archid., siguiendo á Hugo, en el cap. *si qua fœmina*, 30. dist.: nuestra ley ha tomado esto de la Glos. á la l. 1. C. *ad Vellej.*

(22) Añád. l. 30. D. y ll. 1, 5. y 18. C. *ad Vellej.*

(23) Añád. ll. 13, 4. y 17. §. 1. D. *ad Vellej.* y l. 2. C. d. tít.

(24) Añád. l. 8. §. 13. D. *ad Vellej.*

(25) Añádase otro caso, el de la l. 12. D. *de minor.* y el de la l. últ. C. *si mater indemnit. promiss.*

(26) Tiene esto lugar aunque el dolo no estuviese en la intencion, pero si en la cosa misma, l. 36. D. *de verbor. obligat.*; y es notable lo que dice Pedro de Anchar. consil. 330. vers. *descendo ad obligationem Laurentii* col. antepenult., á saber, que lo dicho procede no solo cuando la obligacion es un verdadero afianzamiento, si que tambien cuando tiene el carácter de principal; como si un tercero prometiese que el menor ratificará y cumplirá la promesa que hizo; dado que semejante obligacion es dependiente de la primera, no pudiendo subsistir, por faltarle la causa, si esta queda ineficaz.

(27) Nótense estas palabras; pues que la l. 2. C. *de fidejuss. minor.*, de la cual esta se ha tomado, no es tan esplícita en este punto.

(28) Es decir por medio de la restitucion por entero. ¿Qué dirémos si el contrato celebrado por el menor fué nulo, como si vendió un inmueble sin decreto del juez? La Glos. en la l. 1. C. *de fidejussor. minor.* quiere que el fiador quede obligado, á tenor de la l. 9. C. *de præd. minor.* Lo contrario sostiene allí Paul. de Castr., fundado en que falta entónces la obligacion principal que debiera servir de fundamento á la fiaduría, l. 7. C. *de præd. minor.*; y á d. l. 9. alegada por la Glos. contesta, que en el caso de la misma la venta fué hecha no por el menor, y si por el tutor ó curador: ahora, la prohibicion recae en el primero; al paso que el administrador puede bajo su responsabilidad vender, obligarse y dar fiadores: añádase que lo mismo opina Bart. en la l. 46. D. *de fidejussor.*, donde dice, que si el menor que vende un predio, promete el saneamiento y da fiador, este no se obliga, porque el primero, vendiendo sin decreto del juez, no contrajo obligacion civil ni natural; pero si un tercero promete el saneamiento y da fiadores, entónces quedarán estos obligados; y en estos términos entiende la citada l. 9.

(29) Si pues el menor obtiene la restitucion, no por haber vendido lo que no convenia, y sí por razon de lo bajo del precio, á tenor de la l. 11. C. *de præd. minor.*, el fiador quedará obligado al saneamiento: porque no puede negarse que ha habido eviccion, l. 1. C. *de fidejussor. minor.* y allí Angel.: en d. l. dice Alberic. que el fiador será responsable tambien caso que el comprador sea reconvenido para el aumento del precio, segun la l. 21. §. 2. D. *de eviction.* Entiéndase esto del caso en que el menor accione como privilegiado, como en d. l. 11.; ahora si accionare como perjudicado en mas de la mitad del justo precio, el fiador no podrá ser reconvenido para el saneamiento, porque á dicho fiador alcanza el indicado beneficio, l. 7. princ. y §. 1. D. *de except.*, y esta es la opinion de Alberic. y Angel. en d. l. 1.

(30) Añád. l. 25. D. *de fidejussor.* y d. l. 2. C. *de fidejussor. minor.*

gar (31). E dezimos, que son dos maneras (32) de obligaciones, en que puede ser fecha fiadura. La primera es, quando el que la faze, finca obligado por ella, de guisa, que maguer el non la quiera cumplir, que lo puedan apremiar por ella, e fazergela cumplir. E a esta obligacion atal lla-

(31) Añád. l. 1. D. *de fidejussor.* junto con la Glos. y el §. 1. Instit. d. tít.

(32) Mas bien son tres, pues que la obligacion meramente civil admite tambien fiaduría, segun el §. 1. Instit. *de fidejussor.* y allí la Glos. en la palabra *civilis,* y lo prueba la l. 15. C. *de non numerat. pecun.* donde puede verse Bald. Podria decirse que esta ley omitió la obligacion meramente civil, porque en ella se finge ó presume una causa natural de dar ó de hacer, como en la confesion de mutuo pasados los dos años, en la sentencia, y cuando el Papa concede al Rey el diezmo de las prebendas de los prelados ó clérigos de su reino; pues que si bien los prelados no contraen en realidad mas obligacion que la civil respecto del Rey, porque falta el consentimiento de los mismos, sin embargo se finge existir este consentimiento en virtud de la autoridad y consentimiento del Príncipe, quien es representante de la voluntad de los prelados; así discurre Bald. en d. l. 15. O bien dígase que esta ley de Part. deberá suplirse por otras leyes, y de consiguiente que la obligacion meramente civil admitirá tambien fiadores: sobre lo cual v. Bart. en la l. 1. D. *de fidejussor.* De la misma manera podrán estos tener lugar respecto de lo que puede pedirse en virtud del oficio del juez, ya sea noble, ya mercenario, aunque entónces no haya obligacion propiamente tal, l. 49. §. 1. D. *de act. empt.,* Bart. en la l. 25. D. *de fidejussor. et mandator.* y l. 38. §. 4. D. *de solut.* y allí Bart. Acerca de si admitirá fiadores la obligacion que consiste en hacer, v. Bart. en la l. 56. D. *de fidejussor.* col 1. y en la l. 31. D. *de solut.*: y en cuanto á si podrán intervenir para afianzar la obligacion que está sujeta á restitucion por entero. v. Bart. en la l. 38. §. 4. D. *de solut.*—* Esta ley de Part., por su concision y por lo vago de la espresion, ha dejado en pie las mismas cuestiones que se suscitaron sobre la inteligencia de las leyes romanas relativas á esta materia. Recorramos los casos que pueden ofrecerse, pues que almenos el análisis nos dará por resultado el separar lo cierto de lo dudoso, lo cuestionable de lo incontrovertible. 1er. caso: Obligacion natural y civil, esto es, aquella que está apoyada en el derecho de gentes, y es de todo punto eficaz por derecho civil; cual, por ej. la que resulta de un contrato de compra y venta, que no contiene nulidad: semejante obligacion admite indudablemente fiadores: á la misma clase referimos la obligacion de pagar lo juzgado, y la que proviene de la confesion de mutuo no retractada dentro dos años; porque, cuando el juez ha condenado al cumplimiento de una obligacion, se presume que ella existia, así como se presume haber habido préstamo, y de consiguiente, causa civil y natural de obligar, si dentro dicho término no se ha retractado la confesion del mismo.—2º. caso: Obligacion meramente natural contraida por el esclavo: admite fiadores, así por derecho comun, como atendida la disposicion espresa de esta ley. ¿Pero no hay á mas de esta otras obligaciones meramente naturales? antes de la ley del Ordenamiento lo eran todas las que provenian de pacto nudo, en cuanto á si resultará semejante obligacion de los contratos que contengan alguna nulidad ó defecto, lo veremos en los casos siguientes.—3er. caso: Contrato celebrado por el pródigo, ó por el menor de edad que tiene curador, ó por el pupilo mayor de la infancia: estas personas asistidas de tutores ó curadores se obligan natural y civilmente, y podrá de consiguiente entónces acceder fiador, ll. 4. y 5. tít. 11. de esta Part.: si contratan por sí solos, se obligarán natural y civilmente por la parte en que se hayan hecho mas ricos; y en cuanto á esta parte no cabe duda que subsistirá el afianzamiento: la dificultad está en la parte que no les ha aprovechado, esto es, si respecto de ella hay obligacion natural que pueda servir de base á la fianza: las citadas leyes de Part. espresan simplemente que dichas personas no se obligan si no se hubiesen hecho mas ricas; y de otra parte, la l. 4. de este tít. la única que trata del fiador de un menor, supone implícitamente que este no tenia curador, ó que habia contratado con la asistencia del mismo, pues que se ocupa de la restitucion por entero, la que no tiene lugar cuando el menor puede reclamar la nulidad del acto. Las leyes romanas son algo contradictorias en esta materia; véanse particularmente las ll. 6. y 127. D. *de verb. oblig.* y las ll. 2. y 25. D. *de fidejus. et mand.*—4º. caso: Convencion ó contrato, cuyo objeto es un hecho criminal ó punible, ó contrario á las buenas costumbres: no nace entónces obligacion de ningun género, de consiguiente no cabe el afianzamiento, arg. l. 38. tít. 11. de esta Part.—5º. caso: Contrato nulo á causa de haberse celebrado por miedo ó fuerza: será tambien nulo el afianzamiento por faltar la obligacion principal, l. 56. tít. 5 de esta Part.—6º. caso: Contrato nulo á causa de dolo ó error: por paridad de razon será nula la obligacion del fiador.—7º. caso: Contrato ú obligacion rescindible por engaño en mas de la mitad del justo precio, por vicio de la cosa ú otra causa parecida: el afianzamiento será válido, mas no tendrá efecto, atendido que al fiador le compete la misma accion ó escepcion re-

man en latin obligacion ciuil, e natural; que quiere tanto dezir, como ligamiento (33) que es fecho segun ley, e segun natura. La segunda manera de obligacion es, natural tan solamente (34). E esta es de tal natura, que el ome que la faze, es tenudo de la cumplir naturalmente (35); como quier que non le pueden apremiar en juyzio, que la cumpla. Esto seria, como si algun sieruo prometiesse a otro, de dar, o de fazer alguna cosa, ca, como quier que non le pueden apremiar por juyzio, que lo cumpla, porque non ha persona para estar en juyzio; con todo esso, tenudo es (36) naturalmente, de cumplir por si lo que prometio, por cuanto es ome. E porende dezimos, que todo ome que puede ser obligado en alguna de las maneras sobredichas, puede otro entrar fiador por el; e sera tenudo de pechar (37) por el la fiadura, maguer non quiera.

LEY 6. *En que manera puede ser fecha la fiadura.*

Fiar puede vn ome a otro, en esta manera; diziendole (38) el que rescibe, al que entra fiador: Soesme vos, fulan, fiador sobre tal cosa, que me ha de dar, o de fazer fulan ome? Si el responde, Si, o dize, Yo so fiador por el; o lo otorga; respondiendo en tal manera, o por otras pa-

cisoria que la ley da al principal, l. 15. de este tít.—8°. caso: Contratos que la ley declara sin efecto, sin que el objeto sea punible, ni directamente contrario á las buenas costumbres, por ej. los celebrados al fiado por los hijos de familias, y el afianzamiento de la muger: respecto de los primeros la ley espresa que el fiador no quedará obligado, l. 17. tít. 1. lib. 10. Nov. Recop., y en cuanto al fiador de la muger que afianza, lo tenemos tambien espreso en la l. 16. §. 1. D. *ad Vellej.* Por lo que mira á los demás contratos que se declaran nulos ó ineficaces, hay una razon general, á saber, que si admitiesen fiador, quedaba destruido el objeto de la ley, á no ser que al fiador se le denegase toda accion contra el principal.

(33) Concuerda con las Instit. princ. *de obligat.*

(34) Sobre el caso que la obligacion meramente natural es eficaz para accionar en el foro eclesiástico tan solo, v. Bart. en la Glos. á la Estravagante *ad reprimendum* sobre la parte *denuntiationem.* Nótese que si el acto es defectuoso en cuanto á la forma, ninguna obligacion producirá, ni aun la natural: V. Bart. en la l. 1. D. *de condict. indeb.* col. 2. ¿Y si el contrato es prohibido por la ley? V. la l. 46. D. *de fidejussor.* y allí Bart., y adviértase que si la ley llega hasta anular el acto, ni aun tendrémos obligacion natural: v. Bald. en el cap. 1. princ. *quid sit investitura* y lo que nota en el §. *siquis per triginta,* col. 3. *si de feudo fuerit controvers. inter domin. et agnat.* vers. *sed quære numquid statutum.* En cuanto á si en la obligacion que proviene de delito se reputará existir la natural, v. Bart. que opina afirmativamente en la l. 11. §. 1. D. *de injur.* y Bald. en la auht. *ad hæc* C. *de usur.* col. 4. y en la l. 5. D. *de justit. et jur.* col. últ. y allí al citado Bart. Si el Príncipe impone alguna contribucion á sus súbditos, ¿la obligacion se reputará natural por el mero hecho de la imposicion? Bald. en d. l. 5. al fin así lo afirma, en el supuesto que la contribucion tenga por objeto las urgencias ó la utilidad del Estado; pero no si fuese de todo punto arbitraria. Nótese que el derecho procedente de obligacion natural puede cederse, l. 64. princ. D. *ad Trebel.* y allí Paul. de Castr.—* Véase la adicion á la glosa 32.

(35) Añád. l. 84. §. 1. D. *de regul. jur.*

(36) Es regla general que en todos los casos en que el hombre libre se obliga natural y civilmente, el esclavo contrae obligacion natural, Glos. y en ella Bart. en la l. 2. D. *de fidejussor.* y en el §. 1. Instit. d. tít. y lo prueban las ll. 49. §. 1. D. *de pecul.* y 13 y 64. D. *de condict. indeb.*

(37) Véanse las ll. 25 y 26. §. 3. D. *de fidejussor.* Y ¿porqué en este caso el fiador no puede oponer la misma escepcion que el reo principal? V. Paul. de Castr. en d. l. 25. col. 2. ¿Y si el fiador ignoraba que la obligacion era meramente natural? V. Juan Fabr. en el §. 1. Instit. d. tít., el cual opina que entónces podrá escepcionar fundado en la l. 37. D. d. tít.: empero, tengo por sospechosa esta decision, dado que el fiador debia indagar, cual era la condicion del reo principal, arg. l. 19. D. *de regul. jur.*; á mas de que la ignoracia del fiador no debe redundar en daño del acreedor; esta razon no tiene lugar en el caso de la citada l. 37. — * Véase la adicion á la Glosa 32.

(38) Tenemos aquí que el fiador únicamente puede obligarse por medio de estipulacion: añád. l. 5. §. 2. D. *de verb. oblig.* y l. 12. C. *de fidejussor.* Empero, ¿no se habrá corregido esto por medio de la l. del Ordenam. (l. 1. tít. 1. lib. 10 de la Nov. Recop.) que empieza *e paresciendo?* Parece que no si atendemos á lo que dice Bald. en el cap. 1. *de pact.* col. 1. vers. *sed numquid fidejussor,* á saber, que ni aun por derecho canónico el fiador resultará obligado mediante nudo pacto; pues que el citado cap. debe entenderse del que se obliga en su nombre, y no del que afianza la deuda agena, á no ser que el afianzamiento se contraiga *apud acta,* como en el caso de la l. 4. §. últ. D. *de fidejussor. tutor.* Empero yo opino lo contrario atendida la generalidad de las pala-

labras semejantes destas, finca porende obligado, tambien como el debdor principal. E puede (39) vn ome por otro entrar fiador, si quisiere, en ante que el debdor principal sea obligado. Como si dixesse: Si vos dieredes tantos marauedis a fulan, yo vos so fiador por ellos. Otrosi lo puede fazer en vno con aquel a quien fia, diziendo assi: Por estos marauedis, o por esta cosa, que se obliga don fulan, yo so fiador por el. E aun puede entrar fiador despues que el debdor principal es ya obligado, como si dixesse: Yo so fiador por tal cosa, que vos deue dar, o fazer fulan ome. E en qualquier destas maneras sobredichas entrando fiador vn ome por otro, valdra la fiadura. Otrosi puede entrar fiador a tiempo cierto (40) esto seria como si dixesse: Yo so fiador por fulan, fasta tal dia. Otrosi puede entrar fiador so condicion, diziendo assi: Yo so fiador por fulan, si tal cosa acaesciere. E tal fiadura como esta, o otra semejante della, deue valer fasta aquel tiempo, o al dia, o en la manera que fue fecha.

LEY 7. *Como el fiador non se deue obligar a mas de lo que deue el principal.*

Por mas de quanto es el debdor principal obligado, non se puede obligar el fiador; e si lo fiziere, non vale la fiadura (41), quanto en aquello que es demas. Este demas, segun derecho, puede ser en quatro razones. La primera es, quando el que entra fiador por el otro, se obliga por mas de aquello que deuia aquel a quien fia; e esto seria, como si deuiesse cien marauedis, e el otro entrasse fiador por ciento e veynte marauedis, o por quanto quier mas de los ciento: ca tal fiadura non valdria, quanto en lo demas (42). La segunda es, quando el debdor principal es obligado a dar alguna cosa en logar cierto; e aquel

bras de d. cap. y de la citada l. del Ordenam.

(39) Añád. §. 3. Instit. *de fidejussor.*, l. 6. §. 2. D. d. tít. y l. 10. §. últ. D. *de usufruct. ear. rer. quæ usu consum.*

(40) Añád. l. penúlt. D. *de fidejussor.* y el §. 3. Instit. d. tít.

(41) Esceptúese si el fiador se obligó con juramento; pues entónces quedará obligado, sino como fiador, á lo menos como deudor principal arg. l. 77. §. 23. D. *de legat.* 2. y lo sienta Bald. en la l. 56. D. *de fidejussor.* col. 5. vers. 8. *prohibetur* y en la l. 70. §. penúlt. D. tít. cit.; así opinan tambien Ang. y Juan de Imol. en la l. 34. al fin. D. d. tít., si bien sostiene lo contrario Juan Fabr. en el §. 5. Instit. d. tít. col. 2. vers. *sed quid si juravit.* En segundo lugar, esceptúese el caso en que el fiador no se obligó por mayor cantidad que el principal y sí solo con vínculo mas fuerte, l. 5. de este tít. de Part. l. 1. D. *de fidejussor.*, Bart. en la l. 34. D. d. tít. y en la l. *si fidejussores* D. *de re judicata*, y lo mismo opina Juan Fabr. en d. §. 5. vers. *sed pone quod principalis.* Tercera escepcion: cuando el fiador promete pena para el caso que caiga en mora; dado que respecto de esa pena parece obligarse como reo principal, segun la Glos. en la l. 65. D. *de fidejussor.* y Bart., Angel. é Imold. en d. l. 34. y el mismo Bart. en la l. 8. D. *de eo quod cert. loc.* Cuarta escepcion: si el fiador promete lo mismo que el principal, pero en cuanto á la prueba queda obligado con mayor eficacia, por ejemplo, si convino en sujetarse á lo que jurare el acreedor en cuanto á la verdad del crédito: entónces es válida la fiaduría, porque no parece ser mas dura la condicion del fiador, l. 1. D. *de in lit. jurand.* y Juan Fabr. en d. §. 5. col. 2. vers. *sed quid si promisserunt* etc. Pero ¿si el principal debia diez fanegas de trigo, y el fiador prometio el precio de ellas, será válida la fiaduría? La Glos. y Bart. en la l. 42. D. *de fidejussor.* están por la negativa, si bien el testo parece probar lo contrario: ahora, si el principal se obligó á cierto hecho, el fiador podrá obligarse á determinada cantidad, l. 44. D. d. tít. y allí Bart.: por lo que mira al modo como el fiador puede acceder á la obligacion de hacer, v. Bart. en la l. 8. §. 1. D. *de operis libert.* y á Jas. en la l. 14. D. *de verbor. obligat.* col. 1. y 2. ¿Esta ley procederá tambien cuando el fiador se obligó en mas á sabiendas, ó se limitará al caso en que lo hizo por error? Juan, Fabr. toca esta cuestion en el §. 5. Instit. *de fidejussor.* col. 1, diciendo que no deberá distinguirse, puesto que las leyes no distinguen; á mas de que parece prescriben cierta forma, faltando la cual el acto debe ser nulo, ll. 1 y últ. C. *de fide et jure hastæ fiscal.*, si bien añade que podria argüirse lo contrario de lo que dijo al principio del tít. y en el §. 1. vers. *quid si sciat eum, non esse obligatum;* lo que parece no obstar por ser distinto el caso. — * Atendida la generalidad de las palabras de la primera parte de esta ley, podria parecer que el fiador que ha querido obligarse á mas de lo que debe el deudor principal, quedará siempre obligado, escepto en aquello que *es de mas*; pero lo que sigue nos manifiesta que dicha disposicion es solo aplicable al caso que el esceso está en la cantidad, pues que al enumerar los demás casos en que el fiador se ha obligado á mas, espresa ser nulo el afianzamiento.

(42) Por lo que mira á la cantidad á que asciende la deuda principal, esto es, hasta los cien maravedís, el fiador quedará obligado; dado que lo útil no debe viciarse por lo inútil: esta

que le fia, entra fiador, por dar aquella cosa en otro lugar mas graue (43). Ca entonce tal fiadura non vale. La tercera es, quando el que deuia la cosa, era obligado a darla a tiempo cierto; e el que entra fiador (44) por el, se obliga a darla a mas breue tiempo. E esto seria, como si la ouiesse a dar a dos años, e el entrasse fiador, por darla a vn año: e atal fiadura como esta, dezimos otrosi, que non deue valer. La quarta es, si el debdor principal era obligado a dar la cosa so alguna condicion; e el que entra fiador por el, se obliga a dar aquella cosa puramente sin condicion ninguna. Ca tal fiadura como esta non valdria (45), porque se obliga en mas el fiador que el debdor principal.

LEY 8. *Que fuerça ha la fiadura, que muchos omes fazen en vno.*

Muchos omes entrando fiadores en vno, e obligandose cada vno dellos en todo, de dar, o de fazer alguna cosa por otri, son tenudos de lo cumplir en aquella manera que lo prometieron. De guisa, que aquel que recibe la fiadura, puede demandar a todos, o cada vno por si, toda la debda (46) que le fiaron; e pagando el vno (47), son quitos los otros. Pero si los fiadores non se obligassen cada vno por todo, mas dixessen simplemente: Nos somos fiadores por fulan, de dar, o de fazer tal cosa; entonce, si todos son valiosos (48), para poder pagar la fiadura, a la sazon que se demanda la debda (49), dezimos, que non puede de-

fué la opinion de algunos, como dice la Glos. en la l. 8. §. 7. D. *de fidejussor.*: empero el glosador Joan., como dice allí la Glos., sostuvo que el fiador no se obligaba en cantidad alguna; opinion seguida por la Glos. en el §. 5. Instit. d. tít., y en la l. *pecuniæ.* C. *de usur.*, y esta opinion es la general, como dicen Bart. y Juan de Imol. en d. l. 8. §. 7. Téngase pues presente esta ley de Part., la que es opuesta á dicha opinion jeneral, á la que obstaba bastante la l. 22. C. *de fidejussor.*, como lo nota allí Bald.

(43) Si pues fuese menos gravoso para el fiador el pagar en el lugar designado, sostendráse la fiaduría; y así opinan tambien Juan Fabr. en d. §. 5. Instit. *de fidejussor.*, y Ang. en d. l. 34. D. tít. cit. Empero Bart. en la l. 34. D. d. tít. col. 3. sostiene lo contrario, y lo mismo decide allí Juan de Imol. y con mas estension en la l. 16. §. 1. D. d. tít. Nótese esta ley de Part., por la que se decide esta cuestion.

(44) Otra cosa seria, si se obligare como *reus constitutœ pecuniæ*, l. 4. D. *de constit. pecun.* y Bart. en la l. 34. D. *de fidejussor.*

(45) Añád. §. 5. Instit. *de fidejussor.*

(46) Empero, los fiadores que así se obligaron *in solidum*, ¿podrán oponer el beneficio de division en virtud de la constitucion de Adriano de la que se hace mencion en la l. 26. D. *de fidejussor.*, en el §. 4. Instit. d. tít. y en la l. últ. C. *de constit. pecun.?* Decídese afirmativamente en la l. 3. C. *de fidejussor.*: empero adviértase, que en el caso de d. l. los fiadores no se obligaron espresamente *in solidum;* sino que se presumia por el derecho tener ese carácter la obligacion, como en el caso de d. §. 4; ahora, lo que tácitamente se contiene en un acto no cambia la disposicion del derecho, como en el supuesto de la citada l. 3 y de la l. 3. D. *de legat 1.* Empero, en virtud de esta ley de Part., si dos ó mas fiadores se obligan simplemente, no será cada uno responsable *in solidum* de la deuda, y si solo de una porcion viril, como á renglon seguido se espresa en la misma ley; de consiguiente no puede tener fuerza entre nosotros el argumento que se pretende fundar en la citada l. 3. C. *de fidejussor.*: de lo dicho parece se sigue que si cada uno de los fiadores se ha obligado *in solidum*, será responsable del todo de la deuda, sin que pueda oponer el beneficio de division; sin que obste la l. 10 de este tít., porque ella se refiere á dos ó mas que se han obligado como deudores principales. — * Parécenos fuera de duda que en ningun caso tendrá lugar el beneficio de division en los fiadores: porque, ó se obligó cada uno *in solidum*, ó accedieron todos simplemente; en el primer caso dice la ley, *son tenudos de lo cumplir en aquella manera que lo prometieron*, es decir, pagando el todo cualquiera de ellos que sea reconvenido, pues que de otra suerte ya no cumpliria la obligacion cual lo prometió: en el segundo caso la accion se divide *ipso jure* entre los fiadores solventes, como se espresa á continuacion en esta misma ley; de consiguiente ne habrá necesidad de oponer la escepcion ó beneficio, cuando uno fuere reconvenido por el todo. Mas aun, despues de la l. 10. tít. 1. lib. 10. Nov. Recop. por la que se dispuso que si dos personas se obligaren simplemente á hacer y cumplir alguna cosa, se entienda ser obligados cada uno por la mitad; despues de esta ley, digo, que la accion quedará dividida desde el momento del contrato, entre los fiadores simplemente obligados, sin atender á si son todos solventes; y con mayoría de razon, si posteriormente ha caido alguno en insolvencia, la parte de este no pesará sobre sus compañeros, como sucedia segun esta ley de Part.

(47) Añád. l. 23. y l. últ. C. *de fidejussor.*

(48) ¿Y si de esto se dudare? V. l. 10. D. *de fidejussor.*

(49) El § 4. Instit. *de fidejussor.* se refiere al tiempo de la contestacion del pleito. ¿Y si el

mandar la cosa el señor de la debda a cada vno dellos (50), mas de quanto le cupiere (51) de su

acreedor fué negligente en instituir la accion? Podrá el fiador interpelarle, para que reconvenga en parte al otro fiador, que si bien es solvente, se teme caiga en insolvencia; y entónces si el acreedor no cuida de verificarlo, cargará con los resultados de dicha insolvencia, segun Paul. de Castr. en la l. 62. D. *de fidejussor.*; si bien el citado D. en la l. 36. D. tít. cit. dice no bastar semejante interpelacion ó protesta; pero es mas acertado lo que dice en la citada l. 62, donde de la misma manera opina Bart.: véanse allí estos DD.

(50) Aprueba la opinion de la Glos. en la Novel. 99. sobre la palabra *cedere* y en la l. 60. §. 2. y l. 59. §. 1. D. *mandat.*, y reprueba la opinion de la Glos. en la l. 3. C. *de fidejussor.* y en el §. 4. Instit. d. tít., opinion que es la general entre los DD. por lo que mira al derecho comun. Téngase presente esta ley, segun la cual no es hoy dia necesario el beneficio de la constitucion de Adriano; del que se trata en d. §. 4: y añádase á esta ley la l. 11. tít. 12. lib. 5 del Ordenam. Real, la que necesariamente ha de entenderse de los que se obligan como fiadores; dado que respecto de los codeudores principales ya se hallaba dispuesto lo mismo por derecho comun, l. 11. §. 1. D. *de duob. reis.* No debe entenderse corregida esta ley de Part. por la l. 4. tít. 18. lib. 3 del Fuero Real, no obstante que lo contrario diga allí equivocadamente Montalvo: pues que una ley del Fuero, sino está en uso, no corregirá á las de Part., como se previene en la l. 1. de las de Toro, y lo espresa Rodr. Suar. en el proemio á las ll. del Fuero: así pues, hoy dia carece de objeto la renuncia del beneficio de division, atendido que ella se verifica *ipso jure* en fuerza de esta ley de Part.; y de otra parte, no será necesario por la misma razon oponer escepcion, la que era indispensable para gozar del beneficio de la constitucion de Adriano, como lo manifiesta la cit. l. 26. D. *de fidejussor.* y allí la Glos., Bart. y los DD. ¿La disposicion de esta ley se estenderá á los fiadores *judicatum solvi?* Bald. en la l. últ. C. *de usur. rei judicat.* col. penúlt. dice que estos gozan tambien del beneficio de division. ¿Qué dirémos de los reos *constitutæ pecuniæ?* Les corresponde tambien, segun la l. últ. C. *de constit. pecun.*: lo mismo dirémos si dos ó mas quedan obligados á título de mandato, segun la l. cit. y el Specul. tít. *de renuntiat. et conclus.* col. 6. Pero, ¿de qué manera accionará el acreedor contra varios fiadores? Pues que si reconviene á cada uno por la porcion viril, y uno de ellos se encuentra insolvente, parece que no podrá conseguir del otro, que es solvente, mayor cantidad que la que le pidió al principio: será pues prudente que dirija la demanda contra todos y contra cada uno de ellos, protestando que le bastará se satisfaga una vez la cantidad debida, lo que aconseja para un caso semejante Bart. en la l. 2. §. 1. D. *de duob. reis*, col. penúlt., y así opina Alex. consil. 37. col. 2. vol. 2. ¿Qué dirémos si alguno de los fiadores estuviese ausente? ¿Entónces tambien deberá ser cada uno reconvenido por una porcion viril, si ninguno está en insolvencia? El Specul. tít. *de renuntiat. et conclus.* col. 6. vers. *quid si plures*, dice que la division tendrá lugar cuando todos están presentes, segun la cit. l. 10. D. *de fidejussor.*, cuando dice *præsto sint* y arg. auth. *hoc ita*, *de duob. reis* y aut. *præsente, de fidejussor.* C. y hace al caso la l. 10 de este tít. de Part. Empero, para mí esta decision es dudosa, mayormente atendido que en virtud de esta ley la accion se divide *ipso jure* entre los fiadores solventes, siempre que no hubiesen espresado obligarse *in solidum*; lo que tiene lugar, tanto si están presentes como si estuvieren ausentes; así como de otra parte se imputa al acreedor si aceptó un fiador puramente y otro bajo condicion, l. 27. princ. D. *de fidejussor.* Y no obsta la l. 10 de este tít., pues que habla de los que se obligaron como principales deudores; mas aun, de d. l. se deduce *à sensu contrario* que en los fiadores se procederá de otra suerte: y en cuanto á la cit. l. 10. D. *de fidejussor.*, dirémos que por derecho romano cada fiador se entiende obligado *in solidum* aunque no lo esprese; lo que no tiene lugar entre nosotros en virtud de esta ley de Part., como dije al principio de la Glos. ¿Empero, si los fiadores fueron recibidos en distintos tiempos les será aplicable esta ley? El Specul. lug. cit. col. 7. vers. *quod si aliquis*, siguiendo á Hugo y Azon está por la negativa: Juan Fabr. en d. §. 4. Instit., por la afirmativa; y alega d. l. 10. D., la que ciertamente puede aducirse á favor de entrambas opiniones. Bart. en la l. 27. princ. D. *de fidejussor.*, siguiendo á Dino y á Jacob. de Aret. opina contra el Specul., diciendo que hay una especie á su favor en la l. 48. D. d. tít.: pero en la cit. l. 10. D. decide de otra suerte, y quizá con mas acierto: dice allí que el primer fiador no goza del beneficio de division; pero si el segundo, como si los dos se hubiesen obligado á un tiempo, segun la ley citada. Empero dígase con Paul. de Castr. en la cit. l. 29. D. *de fidejussor.* que si al obligarse el primer fiador se trató, con conocimiento de este, de dar otro; entónces tendrá lugar la disposicion de esta ley, porque parece haberse obligado dicho fiador bajo el supuesto de que se le daria compañero. En cuanto al segundo, gozará del beneficio de esta ley, como dice Bart., si tuvo noticia de que otro habia afianzado la misma deuda, como lo declara Paul. de Castr. en las

parte. E si por auentura algunos de los fiadores fuessen tan pobres (52), que non ouiessen de que pagar aquella parte que les cabe, entonce los otros (53) que ouiessen de que lo fazer, quier fuessen vno, o muchos, son tenudos de pagar toda la debda principal, o de cumplir aquella cosa que fiaron.

LEY 9. *Como la debda deue ser demandada primeramente al principal debdor, que al que fio.*

En el lugar (54) seyendo aquel que fuesse principal debdor, primeramente (55) a el deuen demandar que pague lo que deue, e non a los que entraron (56) fiadores por el; e si por auentura

cit. ll. 27 y 10. D. *de fidejussor.*, pues que se juzga haber accedido por la circunstancia de existir otro fiador. Adviértase que esta ley no es aplicable á los fiadores de distintos deudores, l. 43. D. d. tít.; y v. Bart. en la l. 51. §. 2. D. d. tít. y ¿al efecto de dividirse la accion se tendrá en cuenta el fiador que no puede ser reconvenido con efecto? V. Bart. en d. l. 10. D. Adviértase tambien que verificándose en virtud de esta ley la division, sin que sea necesario escepcionarla, no tiene lugar entre nosotros la disposicion de la l. 49. §. 1. vers. *quod duo*, D. d. tít. y de consiguiente, lo pagado mas allá de la parte viril podrá recuperarse. — * Sobre el beneficio de division, véase la adicion á la glosa 46.

(51) Y se tendrá en cuenta lo que antes hubiese pagado, l. 51. §. 1. D. *de fidejussor.*

(52) Añád. d. §. 4. Instit. *de fidejussor.* No será pues necesario que el juez pronuncie la division para que el acreedor corra el riesgo de la insolvencia de uno de los fiadores, como dice Paul. de Castr. en la l. 26. D. d. tít., fundado en la l. 51. §. 4. D. d. tít.; sino que correrá semejante riesgo desde el momento del contrato: empero, si no puede imputarse negligencia al acreedor, por ejemp. si uno de los fiadores cayó en insolvencia, cuando aquel empezó á accionar contra los demás, y antes que hubiese podido reconvenirle; entónces no se le imputará semejante insolvencia, segun Paul. de Castr. en d. l. 51.

(53) ¿Qué dirémos si uno de los fiadores afianzó parte de la deuda y el otro lo restante y el primero es insolvente? ¿Responderá el otro del total? Bald. en la l. últ. C. *de usur. rei judic.* col. penúlt. dice que no, porque la obligacion fué dividida y determinada en cantidad por medio de pacto; y alega la ley 68. §. 1. D. *de fidejussor*; no obstante que bajo la palabra residuo se comprende alguna vez el todo, como en la l. 2. C. *de hæred. instit.* Por lo que mira al caso en que uno de los fiadores se obligase puramente y el otro bajo condicion, v. la l. 27. princ. D. *de fidejussor.*

(54) Se dirá pues hallarse presente aquel que se encuentra en el pueblo: parece aprobarse la opinion de Jacob. de Ravena, citado por Bart. en la Novel. 4. princ., de donde se ha tomado esta ley. Empero la Glos. allí entiende por presente el que se halla dentro el territorio de la ciudad, mientras pueda citársele fácilmente, y así opinan Ang. en d. lugar y Bart. en la l. 3. §. 1. D. *de duob. reis* col. últ.; opinion que parece acertada. Debe ante todo indagarse si el reo principal está ó no presente, Bart. en d. l. 3. §. 1. al fin y Bald. en la l. 8. princ. vers. *necessitate* C. *de bonis quæ liber.* al fin.

(55) ¿Y si el fiador no opone el beneficio de escusion? Seguirá con él el juicio, Bart. en la l. 2. C. *communi dividundo*, fundado en la Glos., lo que Alex. allí en las adiciones, dice, que debe tenerse siempre presente: añád. Bart. en la l. últ. princ. D. *de reb. credit.* y en la l. 34. §. 1. D. *de evict.* y Alex. consil. 32. col. 1. vol. 4. Empero, adviértase que á fin de que el acreedor no accione en vano, es menester que haga la escusion de los bienes del reo principal, ó que pruebe su insolvencia, segun Bald., Salicet. y Paul. de Castr. en d. l. 2. ¿Qué dirémos si la insolvencia fuese notoria? Opina la Glos. que esta notoriedad basta (y lo afirma allí Bart., arguyendo de esto al fiador de un tirano) en l. 116. D. *de verbor. obligat.*, donde de lo mismo arguye Juan de Imol. al que fuere pendenciero, ó que de otra suerte fuese difícil reconvenirle: véase sobre esta materia al adicionador de Abb. en el cap. *pervenit*, *de fidejussor.* adicion magistral. Si falleciese sin herederos el deudor principal, podrá el fiador ser reconvenido de la misma manera que aquel podia serlo, l. 32. D. *de administ. tutor.* y allí Bart. y v. la l. 10. D. *ut legat. seu fideicom. nom. cav.* Cuando el fiador se obliga como el deudor principal y juntamente con este, la escusion no es necesaria, Alex. consil. 32. col. penúlt. y últ. vol. 4., limitando así la Glos. en la Novel. 4. princ. sobre la palabra *fidejussorem*. Si el deudor principal tiene bienes fuera de su domicilio, ¿deberá la escusion estenderse á ellos antes de reconvenir al fiador? Bald. opina que si, cuando esa escusion es fácil, pero no si es difícil, porque no debe precisarse al actor á que haga repetidos viages: véase al citado Bald. en la l. últ. princ. D. *de reb credit.* col. 3. y en el vers. *sed pone quod scholaris de Alemania* y Alex. consil. 84. col. últ. vol. 3.

(56) Tendrémos pues que el fiador no se constituirá en mora antes que el deudor principal: v. Jas. en la l. 49. princ. D. *de verbor oblig.* col. 2.

non ouiesse el de que lo pagar, deuen demandar a los fiadores. E si acaesciere, que los fiadores fueren en el lugar, e aquel por que fiaron, non; e començandoles a demandar el debdo, pidiessen plazo a que aduxiessen a aquel a quien fiaron, deuengelo dar (57). E si al plazo no lo aduxiessen, entonce deuen responder a la demanda, e pagar (58) cada vno dellos su parte, o los ricos por los pobres, o el vno por todos, en la manera que dize en la ley ante desta. E este plazo les deue otorgar el judgador, ante quien demandaren el debdo, segun su aluedrio (59); asmando toda via, fasta quanto tiempo lo puedan aduzir.

(57) Concuerda con la auth. *præsente* C. *de fidejussor.* y con el principio de la Novel. 4. de donde aquella deriva.

(58) Si el acreedor tiene alguna prenda del deudor ¿podrá el fiador escepcionar para que ella se venda? V. la Glos. en d. Novel. princ. sobre la parte *summa* y allí Bart. y Ang.

(59) Aprueba la Glos. en d. Novel. 4. princ. sobre la parte *tempus.*

(60) Trae esto su oríjen de la Novel. 99. y de la auth. *hoc ita* C. *de duob. reis.*

(61) Dedúcese de aquí que si dos ó mas contraen obligacion solidaria de hacer, se dirán córreos *debendi*, lo mismo que si la obligacion fuese de dar. Además, estas palabras junto con las que siguen, manifiestan que entre los córreos *debendi* tiene lugar, aunque la obligacion sea de hacer, el beneficio de division de que se trata en esta ley y en d. auth. *hoc ita* C. *de duob. reis.* Empero, á esto se opone que por lo general todos los hechos son indivisibles, como dice la Glos. en la l. 4. §. 1. D. *de verbor. obligat.* y allí la generalidad de los DD. y en la l. 72. 2. respons., tít. cit.; de lo que se sigue que cada uno de los deudores quedará obligado *in solidum* por la naturaleza de la obligacion, aunque así no se esprese; y sin embargo no podrán decirse por esto córreos *debendi*, como lo prueba la l. 65. D. *de evict.*: de otra parte, no cambiará el carácter de la obligacion, aunque se esprese lo que ya tácitamente viene comprendido, l. 3. C. *de fidejussor.* y l. 3. D. *de legat.* 1. Además parece que entre ellos no tendrá lugar la division; porque tendria por resultado desnaturalizar la obligacion, d. l. 72; y fundado en ella Bart. dice en la l. 2. D. *de duob. reis* vers. 3. *quæro*, que aun cuando se esprese en la obligacion indivisible que los promitentes se obligan *in solidum*, no podrán decirse córreos *debendi;* á no ser que hubiesen manifestado que querian obligarse como tales; y que en tal caso tampoco gozarán del beneficio de division, porque la obligacion se desnaturalizaría; y con esto se halla conforme Salicet en la l. 1. y en la auth. *hoc ita* C. *de duob. reis.* Empero adviértase, que el mismo Bart. en la cit. l. 4. §. 1. 6. oppon., dice bastar que espresen obligarse *in solidum*, para que se digan córreos *debendi*: esta opinion parece mas acertada, y es la general, segun Franc. de Aret. en d. l. col. 11, y es la que aprueba nuestra ley de Part. En cuanto al beneficio de division no hallo Doctor alguno que contradiga la decision de Bart. en d. l. 2. D. *de duob. reis.*: es de ahí que, ó deberémos decir que esta ley de Part. habla del caso en que el hecho prometido es divisible, lo que es restringirla mucho y hasta adivinarla; ó que de conformidad con la Glos. en la l. 11. §. 1. D. d. tít., quiso que tuviera lugar tambien respecto de los hechos indivisibles la cit. auth. *hoc ita.* Elija el lector.

(62) Colígese de aquí que los córreos se entenderán fiadores en el único caso de espresarse; y con esto parece aprobarse la opinion de Pedro, Jacob. de Ravena y Cino, seguida por Bart. en la l. 11. D. *de duob. reis*, en la que ella se apoya, y en d. Novel. 99. allí *alterna fidejussione* etc.: añádase otro caso, á saber, si los dos se presentasen como correos *debendi* para eludir el S. C. Maced. l. 7. §. 1. D. *de S. C. Maced.*

(63) ¿Qué dirémos si los dos córreos se obligaron por medio de instrumento que traiga aparejada ejecucion, cuya fuerza tienen las escrituras públicas por las leyes de nuestro reino? Ang. en d. auth. *hoc ita*, refiriéndose á una disposicion semejante de las leyes de Florencia, dice, que en este caso no tiene lugar el beneficio de division, pudiendo cada uno ser reconvenido *in solidum*; decision notable si es cierta, lo que no creo, y fúndome en lo que dice Bart. en la l. 56. §. 5. D. *de verbor. obligat.*, á saber, que, viniendo tácitamente comprendida semejante escepcion en la accion misma, esta no se produce sin hallarse calificada con aquella; y de otra parte, de la sola inspeccion del instrumento en que dos ó mas se obligaron *in solidum*, resulta notoriamente dicha escepcion: así parece decidirlo Juan de Imol. en la l. últ. D. *á quib. appel. non liceat.* vers. 3. *limitat Bald.*, don-

LEY 10. *Como, quando dos omes se fazen fiadores (b) principales por una debda, la deuen pagar.*

Obligandose muchos omes de so vno (60), e cada vno por todo, faziendose principales debdores, de dar, o de fazer (61) alguna cosa a otri; si todos fueren en el lugar, quando el señor del debdo les quisiesse fazer demanda, maguer cada vno dellos entrasse fiador, e debdor (62) por el otro, con todo esso, non deue demandar todo el debdo al vno. Ante dezimos, que deue ser apremiado cada vno, de dar su parte (63), si todos

(b) el debdores principales Acad.

ouieren de que pagar. E si por auentura todos non fuessen en (c) la tierra, o alguno dellos non fuesse valioso (64) entonce los que fueren y, e que ouieren la valia, deuen pagar todo el debdo, quantos quier que sean, vno, o dos, o mas.

LEY 11. *Como aquel que rescibe la paga de alguno de los fiadores, le deue otorgar poder para demandar a los otros.*

Pagando (65) alguno de los fiadores todo el debdo en su nome, puede demandar (66) a aquel a quien faze la paga, que le otorgue el poder que auia para demandar el debdo, contra los fiadores que fueran sus compañeros en aquella fiadura, e otrosi el que auia contra el debdor principal (67); e el deuegelo otorgar: e despues que le fuere otorgado este poder, en su escogencia es, de demandar a cada vno de los otros fiadores,

(c) el logar, Acad.

de dice, que si la ley dispone que no se admita respeto de ciertos instrumentos mas escepcion que la de paga, podrá sin embargo oponerse la que notoriamente resulte de la inspeccion del instrumento, por ejemp. el ser la promesa sin causa; y así opina Alex. consil. 77. col. últ. vol. 3. Y aunque á tenor de la ley que supone Ang. no procediese su decision, tendria lugar por las leyes de nuestro reino, atendido que pueden oponerse contra el instrumento público todas las escepciones lejítimas, con tal que se prueben dentro de diez dias, l. últ. tít. 8. lib. 3. del Ordenam. Real: véase á Rodrig. Suar. quien opina lo mismo en la lectura á la l. 56. D. *de re judic.*, donde examina la cit. ley del reino, fol. 40. col. 4. y véase su repeticion á la l. 32. C. *de inof. testam.* [Esta cuestion no puede tener lugar entre nosotros, atendido lo que llevamos indicado en la adicion á la glos. 46.] Nótese que segun la opinion jeneral puede renunciarse el beneficio de la cit. auth., segun la Glos., jeneralmente aprobada, en d. auth. *hoc ita*, glos. últ.; de consiguiente será renunciable el beneficio de esta ley de Part. Véase en Bart. á la l. 43. D. *de re judic.* un caso notable, en que no puede alegarse semejante renuncia, y es decision admirable; tráelo Alex. consil. 37. col. 2. al fin y 3. vol. 2.—* Se preguntará tal vez si esta especie de beneficio de division que la ley de Part. concede á los codeudores queda derogado por la l. 10. tít. 1. lib. 10. Nov. Recop. Desde luego se advierte, que disponiendo la ley de Recop. que si dos se obligan á hacer y cumplir alguna cosa, no se entiendan deudores solidarios, á no ser que así lo espresasen; nada contiene que sea directa, ni indirectamente derogatorio de esta de Part. en punto al beneficio de division. Además, teniendo por objeto dicha ley recopilada el provecho de los codeudores y no el del acreedor, no debemos interpretarla en perjuicio de los mismos, segun el principio, que una ley promulgada para favorecer ciertas personas, no debe interpretarse en daño de ellas: y no se diga que entónces la cit. l. 10. nada hubiera dispuesto que no estuviese ya prevenido; pues que, además de la variacion que ha producido en la obligacion de los fiadores simplemente obligados, como puede verse en la adicion á la glosa 46, ha quitado las dudas á que podia dar lugar esta l. de Part., la que no dispone de un modo espreso que para constituirse obligacion solidaria sea menester que los codeudores lo hayan espresado.

(64) Es decir en cuanto no fuese solvente; pues que en la parte que pudiese satisfacer, no será reconvenido el codeudor, Alberic. en d. auth. *hoc ita*.

(65) Hase tomado de lo anotado por Azon en la Suma C. *de fidejussor.* col. penúlt. vers. *conventus autem fidejussor.* Nótese que, aun despues de haber pagado el fiador, podrá pedir la cesion de que se trata: no obsta la l. 76. D. *de solut.*, porque el que ha contraido obligacion accesoria, se entiende pagar en cumplimiento de la misma, l. 15. D. *de in rem vers.*, l. 28. D. *mandat.* y Bart. en la l. 36. D. *de fidejussor.* Entiéndase, si pidió la cesion al momento de haber pagado, como lo manifiesta el final de esta ley: ahora, si espresó pagar en su nombre, podrá pedir la cesion aunque haya pasado algun tiempo, segun esta ley y Azon en el lugar citado.

(66) Conviene que la pida, porque sin la cesion no puede accionar contra los demás fiadores, l. 39. D. *de fidejussor.*: pero ¿con que accion exijirá del acreedor la cesion dicha? Implorando el oficio del juez, segun la cit. l. 76. D. *de solut.*, y si el acreedor se resiste, podrá recuperar como indebido lo que hubiese pagado, á tenor de una glosa notable en la l. 36. D. *de fidejussor.* y en ella Bart.

(67) No solo las acciones personales, si que tambien los derechos de prenda é hipoteca, l. 95. §. 10. D. *de solut.*, ll. 21. y 2. C. *de fidejussor.* y en esta la Glos. y ll. 13. 17 y 41. D. d. tít.; y esta ley lo manifiesta bastante, cuando dice de un modo absoluto que debe cederle el derecho que tenia contra el deudor principal; de consiguiente si no quiere verificarlo, ó se halla en imposibilidad de hacerlo por culpa suya, será repelido por la escepcion *cedendarum actionum*, d. l. 95. §. 8. y l. 45. D. *de administr. tutor.*; y acerca de los casos en que esta escepcion obste, véase especialmente Bart. en la l. 15. §. 1. D. *de fidejussor.*: puede oponerla el fiador aun cuando se haya

aquella parte (68) que pago por ellos. E si alguno y ouiesse tan pobre, que la non pudiesse entonce pagar, deue tomar (69) del tal recabdo, que le pague cada que pueda. E puede aun demandar la parte que pago por si, al debdor principal. E si esto non quisiere fazer assi, puede demandar el

obligado con instrumento guarentigio, segun Bald. en la auth. *præsente* C. *de fidejussor.* y aun, en la misma ejecucion, Bald. en la l. 10. C. d. tít. Adviértase que Cino y otros D. D. citados por Paul. de Castr. en la l. 21. C. *ad Vellej.*, quieren que lo dicho anteriormente tenga lugar, cuando el fiador se obligó por consideracion á la hipoteca: entónces, dicen, si por culpa del acreedor no puede cederse, será repelido por la escepcion *cedendarum actionum*, pero no faltando dicha circunstancia: añad. Bart. en d. l. 15. §. 1. y Socin. consil. 200. vol. 2. col. 2. Añádase que el fiador puede pedir que se le exhiba el instrumento de la deuda principal, l. 4. D. *de hæred. vel act. vend.* y allí Bald., al cual cita y sigue Alex. en la l. 30. D. *de verbor. obligat.*: y no bastará, segun ellos, que se haga ostension de la sentencia dada contra el deudor; pues que si el actor la hubiese alcanzado injustamente, podria en la ejecucion ser repelido por el fiador, dado que ninguna accion podria cederle; lo que segun Alex. debe tenerse siempre presente. Supongamos que el deudor obligó todos sus bienes, que despues vendió una casa á Sempronio, y mas adelante un predio á Ticio; añádase que el acreedor instituyó la accion hipotecaria contra el primero, como poseedor de la casa, y que este le satisfizo la deuda mediante la cesion de las acciones contra el deudor y sus bienes: en virtud de la cesion se dirige Sempronio contra Ticio, y este opone la escepcion *cedendarum actionum;* pero como no puede cederle la accion contra la casa, la que quedó libre de la hipoteca, se pregunta si le obstará la escepcion dicha? Promueve esta cuestion el Specul. tít. *de cess. act.*, §. 1. vers. *sed pone habeo debitorem*, y concluye que la obligacion se dividirá, segun la l. 5. D. *de censib.*, la l. 45. D. *de administr. tutor.* y la l. 2. §. 1. D. *ad leg. Rod. de jact.* Empero á esta decision del Specul. parece obstarle la opinion general de los comentadores de la citada l. 21.: ese tercer poseedor que se halla reconvenido, no contrató por consideracion á la hipoteca, y por lo mismo no podrá oponer la escepcion *cedendarum actionum*, que compete al mandante ó fiador que contrató por consideracion á las hipotecas dadas por el deudor principal: y por la misma razon es reprobada otra decision del Specul. tít. *de renunciat. et conclus.* §. 1. vers. *sed pone.* Bastará pues que al tercero poseedor se le cedan por el acreedor los derechos de hipoteca que entónces tenga, y no aquellos que renunció ó que por hecho suyo quedaron estinguidos: para la inteligencia de d. l. 19. véase Baldo en la l. 57. D. de legat. 1. vers. 5. nota, y allí Alex. al fin. Adviértase, que no pudiendo ser reconvenido el tercer poseedor de la hipoteca, cuando el deudor principal es solvente, segun la novel. 4. cap. 2. y la auth. *hoc si debitor* C. *de pignor.*, el fiador no podrá pedir en semejante caso la cesion de acciones contra el tercero poseedor, Bald. en las adiciones al Specul. tít. *de cess. act.* vers. *item si debitor.* Nótese que este beneficio puede renunciarse por el fiador, como dice notablemente la Glos. en la l. 22. D. *de pact.*: acerca de si bastará que se renuncie de un modo general al beneficio de los fiadores, ó á la auth. *præsente*, para que quede renunciado el *cedendarum actionum*, véase Socin. en d. consil. 200. y Decio consil. 27, donde puede verse si el que renunció de un modo general á todos los beneficios legales, podrá oponer la escepcion de que aquí se trata, y véase el consil. de Ludovic. Roman. alegado por los citados D. D. y á Bald. en d. auth. *præsente* C. *de fidejussor.*

(68) No podrá pues reconvenir á cada uno *in solidum* y si solo por una parte viril, l. 38. §. 2. D. *de adminis. tutor.*, l. 21. D. *de tutel. et ration. distrahen.*, ll. 1. y 2. D. *ad leg. Rhod. de jact.*, l. 5. D. *de censib.*, Azon en la Suma C. *de fidejussor.* col. penult. y Bart. en la l. 38. D. *de administ. tutor* y véase la glosa siguiente.

(69) Manifiéstase aquí que si el fiador accionando en virtud de la cesion, no puede conseguir de uno de sus compañeros la parte que le correspondia, no podrá demandarla á otro de los mismos, sino que deberá limitarse á exigir del primero la caucion que aquí se indica. Bart. en la l. 66. D. *de solut.* col. últ. pone la siguiente cuestion: si uno de tres fiadores ha pagado el total, ¿deberá hacérsele la cesion *in solidum* por la cantidad á que ascienden las dos porciones de sus compañeros, es decir, por las dos terceras partes de la deuda? Concluye afirmativamente, siguiendo á la Glos., fundándose en que los derechos deben cederse tales como los tiene el cedente, y así opina la Glos. en la l. 1. *C. de duob. reis*: añade Bart. siguiendo á Jacob. de Aret., que debe esceptuarse el caso en que uno de los dos fuere insolvente; pues entónces la porcion que á este correspondia deberá repartirse entre los que se hallan en estado de solvencia, arg. l. 63. §. 5. D. *pro socio* y l. 3. D. *de admin. tutor.*, lo que es sin duda muy equitativo, y de otra parte no se opone esta ley, pudiendo gozar de entrambos beneficios el fiador solvente: ó bien, quizá procederá lo que ella dispone en el supuesto que no habiéndose obligado los fiadores *in solidum*, uno de ellos pagó el todo mediante la cesion de acciones contra los demás; es decir,

por si mismo (70) al principal debdor todo el debdo; maguer el señor del debdo non le otorgasse el poder, que auia contra el. Mas si acaesciesse, que alguno de los fiadores pagasse todo el debdo en nome de aquel que fio, e non en el suyo; entonce, aquel que recibe la paga del, non puede otorgar poder, para demandar alguna cosa a los otros fiadores. E esto es, porque todo el derecho que el auia contra los fiadores, para demandarles la debda, o para otorgar poder, para lo demandar, a aquel que gelo pago, todo se remata, porque el fiador le fizo la paga en nome del debdor principal. Empero el fiador que assi pagasse la debda, como sobredicho es, en saluo finca su demanda, para poder demandar lo que pago, a aquel por quien entro fiador. E si alguno de los fiadores pagasse todo el debdo simplemente, non diziendo que lo fazia en nome del debdor principal, ni en el suyo; si luego que la paga ha fecha, demanda a aquel que la faze, que le otorgue poder de demandar, lo que pago, a los otros fiadores; dezimos, que le deue ser otorgado. E si entonce non lo demanda, dende adelante non gelo deue otorgar: porque semeja, que fizo la paga en nome del debdor principal, e non en el suyo (71). Pero bien puede demandar al debdor, que le de lo que pago por el.

LEY 12. *Como el debdor principal es tenudo de dar al fiador, lo que pago por el.*

Mandando vn ome a otro entrar fiador por el; o entrando el otro fiador por el de su voluntad, delante aquel a quien fia sin su mandado, e non lo contradiziendo; o entrando fiador por el, a otra parte, sin su sabiduria, e sin su mandado, e quando lo sabe, consiente en lo que el otro fizo, e le plaze; o si entra fiador otrosi por el sin su mandado sobre cosa que otro deue dar, o fazer, (*d*) a que sea a su pro, maguer non lo consienta; en qualquier destas maneras que entrasse fiador vn ome por otro valdria la fiadura. E quando pagare el fiador por aquel a quien fia, tenudo es el otro (72), de gelo dar, e fazer cobrar. Fueras ende en tres casos (73). El primero es, si el que entra fiador, paga el debdo, e lo faze con entencion de le dar por el otro, aquello que fia, o de lo pagar por el, para nunca gelo demandar. El segundo es, si la fiadura es fecha por pro de si mismo, de aquel que entra fiador. E el tercero es, si quando entra fiador, lo fizo contra defendimiento (74) de aquel a quien fio. Como si dixesse: Non vos ruego, que entres fiador por mi, ante vos lo defiendo; o diziendo otras palabras semejantes destas.

(d) et que Acad.

que entónces el fiador que ha pagado cargará con la parte del insolvente, segun el §. 4. Instit. *de fidejussor.*: la decision pues de Bart. tendrá lugar cuando los fiadores se obligaron *in solidum.* —* Hállase cierta discordancia de principios entre esta ley y lo que dispone la l. 10., á saber, que si dos ó mas fiadores se han obligado simplemente, la accion del acreedor se dividirá entre ellos, no contándose los insolventes: ahora bien, si por haber pagado el total de la deuda uno de los fiadores, le ha cedido su accion el acreedor, parece que no debiera modificarse dicha accion, es decir que instituida por el fiador deberia tambien dividirse únicamente entre los fiadores solventes. Esta falta de unidad de principios ha desaparecido despues de la l. 10. tít. 1. lib. 10. Nov. Recop. por la cual la accion queda desde el principio divida entre los fiadores simplemente obligados, sin distinguir entre los solventes y los insolventes, con lo que se ha corregido en parte la cit. l. 10., como advertimos en la adicion á la glosa 46.

(70) Añád. §. 6. Instit. *de fidejussor.* y ll. 53 y 20. D. *mandat.*

(71) Adopta esta ley la opinion de la Glos. en la l. 28. D. *mandat.*, la que sigue, sin citarlo, á Azon en la Suma C. *de fidejussor.* col. penúlt. Adviértase que la generalidad de los DD. opina en oposicion con la Glos., á saber, que en caso de duda se entiende que el fiador ha pagado en cumplimiento de su propia obligacion, y de consiguiente, que la cesion podrá tener lugar aunque haya pasado algun tiempo, Bart. en la l. 76. D. *de solut.*, alegando la l. 36. D. *de fidejussor.* y en la l. 15 D. *de in rem vers.*; Juan de Imol. en d. l. 76. alega además en prueba de lo mismo la l. 4. D. *de solut.*: téngase pues presente esta ley, la que llanamente adopta la decision de Azon, lug. cit., y de la Glos. en d. l. 28, cuya glosa segun Bald. en la l. 1. C. *de obligat. et act.* es la mas conforme á derecho.

(72) Añád. ll. 20. §. 1. 53 y 6. §. 2. D. *mandat.* hállase esta ley de acuerdo con lo que dice Azon en la Suma C. *de fidejussor.*

(73) Los mismos casos ponen Azon en la Suma C. *de fidejussor.* y la Glos. en la l. 6. §. 2. D. *mandat.*: añádase otro, á saber, cuando el fiador accede en virtud de obligacion contraida, por ejemp. en fuerza de la disposicion del testador; entónces si paga carece de accion contra el deudor principal: hay un caso de esta especie en la l. 8. D. *de usufruct. earum rerum quæ usu consum.* donde Bald. dice, que un estudiante en cierto exámen le contestó contra el caso de dicha ley; v. Alex. consil. 58. vol. 3. al fin.

(74) La prohibicion del dueño cierra la puer-

LEY 13. *Como el que mandasse a vno, que entrasse fiador por otro tercero, le deue pechar el daño que le viniere por aquella fiadura.*

Por otro, que non estuuiesse delante, entrando algun ome fiador, non lo faziendo por su mandado, mas por mandamiento de otro tercero; dezimos, que si tal fiador como este pagasse alguna cosa, (e) por aquel a quien entrasse fiador, que non puede demandar lo que pago, a aquel a quien fio; mas aquel por cuyo mandado entro fiador. Pero si, quando desta manera fiziesse la fiadura, estuuiesse delante aquel a quien fiaua, e non lo contradixesse; o entrasse fiador en nome del, maguer non estuuiesse delante, si se torna en pro de aquel por quien fizo la fiadura, entonce en su escogencia (75) es, de aquel que entro fiador, de demandar lo que pago, a aquel a quien fio, o al otro tercero, por cuyo mandado fizo la fiadura: e ellos son tenudos de lo pagar.

(e) á aquel Acad.

LEY 14. *Por que razones se desata la fiadura, e puede el fiador salir della.*

Quexar non se deuen los fiadores a ningun Juez, para apremiar a aquellos que los metieron en la fiadura, que les saquen de la fiadura, fasta que paguen alguna cosa del debdo por que entraron fiadores. Fueras ende por cinco razones (76). La primera es, si el que entra fiador, fuere

ta á la accion *negotiorum gestorum*, segun esta ley, la l. últ. C. *de negot. gest.* y la l. 40. D. *mandat.* Esceptúese el caso en que haya interés público en el pago de la deuda, como si se trata de la vida de un hombre, ó de sacarle de la cárcel, ó de curarle de una enfermedad, ó de casar á una muger, ó de cualquier otro objeto semejante, Bart. en la l. 16. D. *de pecul. legat.*, Glos. en el cap. 1. dist. 83., Bald. y Paul. de Castr. en d. l. últ., el mismo Castr. en la l. 20. D. *solut. matrim.*, Bald. Novel. en el tratado *de dote* fol. 21. col. 2. y Socin. concil. 26. vol. 1. vers. *ex his quæ in facto*, col penúlt., donde trata de los gastos hechos en la defensa de algun castillo, á pesar de la prohibicion de su dueño: y véase la cuestion notable que pone Bald. en la 7. D. *de offic. Procons.*, á saber si el rey fortificó algun lugar de mi propiedad para el mejor éxito de la guerra, y puso allí tropas (lo que está en sus facultades, segun la l. 1. C. *de naviv, non excusand.* y la últ. §. últ. D. *de pignor act.*) deberé satisfacer los gastos al recobrar mi propiedad: opina que no deberé pagar mas que cualquier otro vecino del pueblo: véase el lug. cit.

(75) Añád. l. 53. D. *mandat.* y allí la Glos. 1.

(76) Trae su orígen de las ll. 38. D. *mandat.*, 45 y 64. D. *de fidejussor.*, 10. C. *mandat.* y del cap. últ. *de fidejussor.* Añádase que si el fiador librára al deudor principal por medio de novacion, podrá al momento accionar contra él, segun Bart. en la l. 94. D. *de solut.* ¿Y el que afianzó una deuda sin mandato del principal deudor podrá accionar contra este antes que pague? Bald. en d. l. 10. opina que no. Empero Alex. allí en las adiciones dice, que este se halla al igual del *negotiorum gestor*, el cual puede accionar antes que haya pagado, á tenor de lo anotado por la Glos. en las ll. 2 y 25. D. *de negot. gest.*, lo que parece muy conforme. ¿Y si el fiador se dispusiese para un viage podrá pedir que se le libre de la fiaduria? El Specul. tit. *de judic.* §. *specialia*, parece inclinarse á la afirmativa, fundado en la l. 23. D. *de procurat.* y en la 15 al fin D. *de arbit.* Empero Alberic., á cuya opinion suscribo, sostiene lo contrario, apoyado en que este caso no se halla espreso: y añade allí el cit. D. que aun cuando se suscitaren enemistades capitales entre el fiador y el deudor principal, á las que éste hubiese dado lugar, no podrá el primero pedir se le libré de la fiaduria, fundado en que este caso tampoco se halla espreso en la ley; si bien Guillelmo sostuvo la afirmativa. Empero Juan Andres en las adiciones al Specul. lug. cit. adicion sobre las palabras *si pro ea*, siguiendo á Odofredo su maestro, opina, que podrá pedir al deudor principal que le libre de la fiaduría, cuando este suscitó la enemistad capital; y esta opinion parece bastante equitativa.—* Hay causas que libran *ipso jure* al fiador, y las hay tambien cuyo efecto es darle accion para pedir al reo principal que le libre de la fiaduría, ya sea pagando, ya substituyéndole otro fiador. A la primera clase pertenecen los diferentes modos por los que puede disolverse la obligacion principal, como la paga, la compensacion, la novacion, etc. A la segunda clase pertenecen los modos de desatarse la fiaduría contenidos en esta ley, á escepcion del que se halla en tercer lugar, esto es, el ofrecimiento y consignacion de la cosa debida; pues que estinguiéndose entónces la deuda, segun la l. 8. tít. 14 de esta Part., desaparecerá por el mismo hecho la obligacion del fiador. Llevamos dicho que la novacion de la deuda principal libra al fiador: ahora dúdase si resultará la novacion del hecho de concederse por el acreedor un término al deudor principal: Vinnio opina que el fiador no queda libre y del mismo parecer es Pothier en su tratado de las obligaciones: lo contrario hallamos establecido en la l. 10. tít. 18. lib. 10. del F. Real. Además de las causas indicadas, libra tambien al fiador el transcurso del

judgado (77) a pagar toda la debda, o parte della. La segunda es, si ouiesse estado gran tiempo en la fiança. E este tiempo deue ser determinado segun aluedrio (78) del Judgador. La tercera (79) es, si quando el que entra fiador, entiende que se cumple el plazo a que deuia pagar, e por non caer en la pena, el, nin aquel a quien fiaua, a aquel a quien entro fiador, le quiere pagar, e el otro non gelo quiere rescebir por alguna razon, o por auentura non es en el logar, e entonce pone (80) aquello que deue, en fieldad, en alguna Eglesia, o Monesterio, o en mano de algun ome bueno, ante testigos. La quarta es, si quando entro fiador, señalo dia cierto (81) a quel deuiesse sacar de la fiadura, e es passado. La quinta es, si aquel a quien fio comiença a desgastar (82) sus bienes. Ca por qualquier destas razones sobredichas se desata la fiadura, e puede apremiar el fiador, a aquel a quien fio, que le saque della.

LEY 15. *Como los fiadores deuen poner defensiones en juyzio, si las ouieren ellos, o aquellos que los metieron en la fiadura, contra los que les fazen la demanda.*

Demandada seyendo en juyzio al fiador la debda que fio, si sabe (83) que aquel por quien entro fiador, a alguna defension por si, atal que se

tiempo por el cual se obligó, á no ser que hubiese sido legalmente reconvenido para el pago, antes que dicho término concluyera.

(77) ¿Y si el fiador ha sido preso por su insolvencia, podrá accionar al momento, y que es lo que pedirá en tal caso? V. Bald. en la l. últ. C. *de usur. rei judic.* col. últ., segun el cual, podrá al momento accionar el fiador en virtud de la incomodidad de la cárcel; así pues si el fiador es reconvenido en virtud de instrumento guarentigio, podrá recurrir al momento al deudor principal; pero no de otra suerte, aunque se haya obligado por medio de instrumento público; si bien opina lo contrario Bald. en la l. 25. D. *de fidejussor.*, el cual tiene en contra de sí Angel. y Paul. de Castr. en d. lug., fundados en razones que me satisfacen: lo mismo que estos opina Salicet. en la cit. l. 10. col. 2. donde dice, que podrá accionar el fiador al momento que se hubiese pedido la ejecucion contra sus bienes en fuerza de instrumento guarentigio, lo que parece muy justo: lo mismo sienta Rodrig. Suar. en las repeticiones á la l. 56. D. *de re judic.* sobre las palabras *visum est supra* fol. 148. De las palabras *judgado* etc. que se leen en esta ley, se colige no ser bastante la contestacion del pleito, si no ha sido condenado el fiador; lo contrario dijo Paul. de Castr. en d. l. 10. C. *mandat.* fundado en la l. 15. D. *commun. divid.*, la que habla del socio y no del fiador, entre los cuales hay diferencia en este punto.

(78) Aprueba la opinion de la Glos. en las ll 38. D. *mandat.* y 10. C. *de fidejussor.* y de la Glos. en d. cap. últ., reprobando la de Guillelmo que exigia dos años; y de otros que fijaban á diez ese término, segun Alberic. en d. l. 10: la disposicion de esta ley de Part. es la que debe observarse: la ley del Fuero [l. 8. tít. 18. lib. 3. del F. Real] prescribe el término de un año, pero no es ley, mientras no se pruebe estar en uso.— *Parece que el *gran tiempo* de que habla la ley no debe contarse desde que se obligó el fiador, si la obligacion principal es á término cierto ó incierto, ó es condicional; si bien que, si dicho término fuese muy largo, ó la condicion hubiere tardado mucho en verificarse, esta circunstancia no será desatendible al efecto de desatar al fiador dentro un tiempo mas corto á contar desde que venció el plazo ó existió la condicion. De la misma manera cuando la obligacion principal es de la clase de aquellas que suelen quedar en suspenso por mas ó menos tiempo; como la de saneamiento y la que contraen los tutores y curadores: el fiador no puede instar que se le libre mientras dicha obligacion no se haya determinado: desde el momento que esto se verifique, parece que tendrá lugar lo mismo que llevamos dicho respecto de las obligaciones á término y las condicionales.

(79) V. l. 56. §. 1. D. *mandat.*

(80) Dedúcese de aquí que sin la consignacion de la cantidad debida, no podrá en este caso el fiador dirijirse al deudor principal: Bald. en d. l. 10. C. *mandat.* 5. cuest., quiere que el fiador pueda accionar aun antes de la paga ó consignacion; pero nada alega: deberá pues observarse lo que aquí se decide contra lo que opina Bald.

(81) Lo mismo deberá decirse, si prometió al fiador que la libraria en cualquier tiempo que se lo pidiese, d. l. 10. C. *mandat.*: acerca lo que deberá hacerse cuando el acreedor no quiere desobligar al fiador, aunque se le ofrezca otro, ó bien hipoteca en su lugar, véase Bald en la l. 2. C. *de collat.*

(82) ¿Cuando el fiador lo es de dos córreos, y uno de ellos dilapida sus bienes, podrá dirijirse contra los dos? Alberic. en d. l. 10. C. *mandat.* opina afirmativamente; alega la l. 29. C. *de jur. dot.* y la Glos. 1. en d. l., sobre el caso en que el suegro y el marido están obligados á la devolucion de la dote.

(83) Si lo ignorase, le quedará salva su accion; v. l. 29 princ. D. *mandat.*

remataria (84) la demanda, si fuesse puesta, e non la quisiere poner, e fuesse dada sentencia contra el; quanto quier que pagasse de la debda por esta razon, non lo podria demandar despues, a aquel por quien fizo la fiadura: porque semeja que lo fizo engañosamente (85), por fazer perder al otro su derecho. Esso mismo (86) dezimos que seria, si el fiador ouiesse alguna defension atal, que si fuesse puesta, que valdria tambien a el (87), como a aquel por quien entro fiador, e non la quiso poner. E esto seria, si el señor de la debda ouiesse fecho pleyto al principal debdor, o al fiador (88), que non le demandasse el debdo nunca, o otro pleyto semejante deste, porque pudiesse ser rematada la demanda; e sabiendolo el fiador, non quisiesse poner tal defension, contra aquel que le demandaba. E como quier que diximos, que si el fiador ouiesse por si alguna defension, e non la quisiesse poner, quando le demandassen la debda, que por esta razon, non podria despues demandar al que le metio en la fiadura, lo que el pagasse por el; casos y ha, en que non seria assi. E esto seria, como si la defension pertenesciesse a la persona del fiador (89) tan solamente, e non al que le metio en la fiadura; como si fuesse muger el fiador, maguer que con derecho podria poner defension, quando fiziesse la demanda, que non era tenuda de responder a ella, porque las fiaduras que las mugeres fazen non deuen valer, si non en *(f)* cosas se-

(*f*) casos señalados; Acad.

(84) Ahora, si fuese declinatoria del juicio, su omision no perjudica al fiador, l. 29. §. 4. D. *mandat.* Se dirá dilatoria, segun Azon en la Suma C. *mandat.*, sino opuso que el procurador no podia serlo, por ejemp. por ser militar, ó por otra causa semejante; pero no si al procurador le faltare el mandato: en el último caso el fiador deberá oponer la escepcion, segun el mismo Azon en la l. 26. §. 5. D. *mandat.* y la Glos. en d. l. 29. §. 4. y Alberic. allí siguiendo á Jacob. Butric.: esto parece mas acertado, que lo que dijo Bald. siguiendo á Jacob. de Belloviso en d. l. 29. §. 4., á saber, que d. §. debe tomarse sin restriccion, y allí contesta al §. 5. de la cit. l. 26. Diráse tambien dilatoria la escepcion de escomunion ó de secuestro, segun Alberic. en d. l. 29. §. 4.

(85) Añád. d. l. 29. princ. D. *mandat.*, allí *videtur dolo versari* etc.: empero, si la escepcion no era admisible, atendida la costumbre del lugar, ó bien si pagó el fiador al afecto de recobrar las prendas que hubiese dado, no se le negará la accion: véase Juan de Imol. en el cap. *pervenit*, *de fidejussor.* col. 5 y 6. y Alex. consil. 220, col. 2. vol. 2.

(86) Es decir, que lo que llevamos dicho procede no solo en las escepciones inherentes á la cosa, como la de dolo, la *metus causa* y la *non numeratæ pecuniæ*; si que tambien cuando provienen de hecho del deudor, ó del fiador, ó de otra causa, segun esta ley y la l. 11. C. *de except.*: de consiguiente, pierde todo recurso contra el deudor principal, el fiador que no opone la escepcion procedente del juramento que se le habia deferido, porque este hace las veces de paga, l. 28, §. 1. y l. últ. al fin D. *de jurejur.*: otra cosa seria si el fiador hubiere sido absuelto por sentencia, porque ella no aprovecha al deudor principal, segun la opinion mas comun, Bart. y otros en d. l. 28. §. 1. y en d. l. últ. D. *de jurejur.*; véase á los citados DD., y á Socin. en d. l. 11. col. penúlt. al fin: ahora, la sentencia dada á favor del deudor principal, aprovechará al fiador, si este no carecia de accion contra de aquel, d. l. últ. y Bart. en ella y en d. l. 11.

(87) Nótese que el fiador podrá hacer uso de semejante escepcion, aunque el reo principal no quisiese usar de ella, ó la hubiese omitido, segun la Glos. y allí Bart. en la l. últ. C. *de fidejussor. minor.*, y aun cuando hubiese afianzado la deuda sin que se lo pidiera el principal deudor, l. 16. §. últ. D. *ad Vellej.*, y Bald. en la l. 1. C. d. tít.: y no sirve de obstáculo la oposicion del deudor, á que se haga uso de la escepcion, l. 15. D. *de fidejussor.* y la Glos. y allí Bald. en la l. 12. C. *de non numer. pecun.* Acerca de si el fiador podrá oponer la escepcion *non numeratæ pecuniæ* cuando el deudor reconoce haber recibido el dinero, véase Bald. en d. l. 12. donde trata otras cuestiones notables. Nótese además que el deudor debe suministrar al fiador las pruebas de las escepciones, l. 52. D. *de act. empt.* y Bart. en la l. 67. D. *de fidejussor.*; tambien deberá adelantar el deudor los gastos del pleito, porque se trata de su interés, segun Bart. lug. cit. ¿Qué dirémos si la accion que competia al deudor y al fiador, ha cesado despues respecto del primero? Es notable es este punto la l. últ. D. *de pact.*, y véase allí Bart.

(88) Esto es, en el supuesto que el pacto de no pedir abrazara á entrambos, al fiador y al deudor principal, l. 25. al fin y l. 26. D. *de pact.*; pero no si fué limitado á la persona del fiador, si bien aprovecha á este el citado pacto, aunque se concretare á la persona del deudor principal, segun esta ley y la l. 21 §. últ. D. *de pact.* —* Y atendida la l. 1. tít. 1. lib. 10. Nov. Recop. el simple pacto de no pedir celebrado entre el acreedor y el deudor estinguirá la obligacion, cual la aceptilacion en el derecho romano; de consiguiente, el fiador habrá quedado desobligado.

(89) Añád. l. 10. §. 12. y l. 29. §. últ. D. *man-*

ñaladas; por todo esso, maguer non la quisiesse poner, tenudo seria aquel por quien entro fiador, de darle lo que pagasse por el. Esso mismo dezimos que seria, si la defension pertenesciesse tan solamente a la persona del principal (90) debdor, e non al que fizo la fiadura. Ca maguer que el fiador pudiera auer rematada la demanda por ella, si la ouiesse puesta (91); con todo esso, tenudo es (92) de darle aquel por quien entro fiador, todo lo que pago por el.

LEY 16. *Como la fiadura non se desata por muerte del fiador.*

Muriendo el fiador, tambien fincan obligados sus herederos (93) para cumplir la fiadura, como lo era el mismo quando era biuo: e todas las defensiones, e todos los derechos, que diximos en las leyes ante desta, que ha el fiador por si, todos fincan otrosi a sus herederos, en la manera que el mismo las deuia, o podia auer. Otrosi dezimos, que si el fiador, o sus herederos pagassen la debda, que eran tenudos de pagar, de su voluntad, sin juyzio, e sin premia ninguna; que tambien es tenudo aquel por quien entro fiador, de darles lo que assi pagaron, como si lo ouiessen pagado por premia que les ouiessen fecho por juyzio. Pero si acaesciesse, que lo pagassen ante del plazo (94), non lo pueden demandar fasta el dia que señalaron para pagarlo.

LEY 17. *Quantos plazos deue auer aquel que fio a algund ome; de fazerle estar a derecho, para aduzirlo.*

Acusado (95) seyendo algun ome sobre algun

dat., y l. últ. §. 3. D. *ad Vellej.*, y no importa que supiese la existencia de la escepcion, como esta ley manifiesta, y Azon. en la Suma C. *mandat.* col. penúlt.

(90) Pueden verse ejemplos de estas escepciones en la l. 7. princ. D. *de except.*, en la l. 24. D. *de re judic.* y en la l. 22. D. *de pact.* — * En cuanto á la restitucion por entero, téngase presente que el fiador del menor no puede pedirla, ni accionando, ni escepcionando, á no ser que hubiese procedido con dolo el acreedor, l. 4. de este tít.

(91) Manifiesta esta ley que el fiador puede oponer la escepcion inherente á la sola persona del deudor, con lo que parece contrariar lo que dijo antes, *e non al que fizo la fiadura*; á mas de que tanto Azon en la Suma C. *mandat.* col. antepenúlt., como la Glos. en la l. 29. §. 4. D. y en la l. 10. C. d. tít., dicen, que ni aun cuando el fiador quiera oponerla, le será admisible semejante escepcion. Podria decirse que es posible un caso, en que si bien no pase al fiador una escepcion de esta naturaleza, con todo indirectamente podrá oponerla, y de esta suerte rechazar la demanda del acreedor, cual el de la l. 22. D. *de pact.* En efecto, el fiador pedirá el beneficio de escusion ó el *cedendarum actionum*; y por consecuencia quedará repelida la demanda del actor, no teniendo acciones que ceder, ni siéndole posible reconvenir al deudor principal, como lo dicen allí la Glos., Alberic. y Bart.: así que, tendrémos de singular en esta ley, que, no obstante el tener á la mano el fiador los indicados recursos, podrá omitirlos, sin que se le siga la privacion del derecho de reconvenir al deudor principal.—*En la cit. l. 22. se trata del pacto con que el acredor se obligó á no pedir al deudor: *ut dumtaxat á reo non petatur* (*á fidejussore petatur*): no cabe duda que en este caso, pidiendo el fiador la cesion de acciones, podrá repeler la demanda del acreedor, atendido que este no tiene acciones efectivas que cederle. Ahora, si la accion del acreedor hubiese venido á ser nula ó casi nula á causa de una escepcion inherente á la persona del deudor, y que no provenga de un hecho del primero, cual la de competencia; el fiador no podrá oponerla, ni directa, ni indirectamente pidiendo la cesion de acciones; ya porque entónces ningun cargo puede hacerse al acreedor por la falta de accion, ya porque es para el caso de insolvencia del deudor que se exigen principalmente los fiadores, Instit. §. 4. *de replicat.*

(92) Esceptúese el caso en que el fiador pudo fácilmente hacer emplazar al deudor principal, para que hiciese uso de la escepcion personal, y no lo hizo: en tal caso carecerá de recurso dicho fiador para ser indemnizado, l. 10. §. 12. D. *mandat.*, Glos. en d. l. 29. §. 4. D. d. tít. y en la cit. l. 10. C. d. tít. y Azon en el lugar citado.

(93) Añád. l. 24. C. *de fidejussor.* y el §. 2. Instit. d. tít., donde la Glos. se ocupa del caso en que la fiaduría versara sobre causa criminal; véase tambien Angel. en el tratado *maleficior.* en la parte *pro quibus Antonius fidejussit.* A semejanza de esto dirémos, que muerto el deudor principal, aunque no haya dejado heredero, sigue la obligacion del fiador, l. 32. princ. D. *de adminis. tutor.*, l. 1. §. 14. D. *deposit.* y allí Bart.

(94) Añád. l. 22. princ. y §. 1. D. *mandat.*

(95) De esta palabra, y de las que siguen, *sobre algun mal fecho*, se colige que esta ley habla de la fianza carcelera, y de consiguiente quiere que se tome en este sentido la l. 26. C. *de fidejussor.*, de la cual este trae su orígen; aprobando con eso la opinion de la Glos. en d. lug.: si

mal fecho, si entrasse otro fiador por el, delante del Rey, o de alguno de los otros que (g) se judgan por su mandado, obligandose so pena cierta, a traerle a derecho a dia señalado; deuelo aduzir aquel dia, que cumpla de derecho, a aquel que le acusa. E si por auentura acaesciesse, que lo non pudiesse fallar, deue auer otro tanto de plazo (96), para buscarle, e aduzirle ante del Judgador, quanto fue el plazo primero a que lo ouo de aduzir, si fue menor de seys meses. E si por auentura fue el plazo de seys meses, deue auer otro tanto para buscarle. E si no le pudiere fallar, o no le traxere a derecho, fasta el año cumplido (97), entonce es tenudo de pechar la pena a que se obligo.

LEY 18. *Como el fiador puede defender en juycio a aquel que fio, para aduzirlo a derecho.*

El que entra fiador por otro, en la manera que diximos en la ley ante desta, desque passare el plazo primero, a que lo ouiere a aduzir a derecho, bien puede, si quisiere, defenderle (98) en juyzio, sobre aquella cosa de que fue acusado, o emplazado. E esto puede fazer, fasta que sea acabado el segundo plazo. E despues que començare a defender en juyzio, non se puede dexar ende, fasta que el pleyto sea acabado; maguer (h) muriesse entretanto, aquel por quien fiziesse la fiança. E si por auentura (99) fallaren en ver-

(g) judgan por Acad.

(h) veniese entretanto Acad.

bien no es ella la que aprueban allí los DD., y si otra opinion de la Glos. sobre la palabra *pecuniarium*, á saber, que la l. 8. D. *si quis caution.*, habla del principal que promete estar á derecho, y que la cit. l. 26. se refiere al fiador que así promete por otro; y esta es la opinion general en dd. ll. Empero, como se ve en esta ley de Part. y en la 36. de este tít., d. l. 8. se ha entendido del fiador en causa civil, y la cit. l. 26. del que afianza en juicio criminal. Téngase pues presente esta ley de Part. junto con la 36, pues que generalmente los DD. entienden que la cit. l. 26. C. abraza así al fiador en causa civil, como al que lo es en juicio criminal. Podria tambien decirse que la cit. l. 8. D. y la 36. de este tít. proceden en el caso que, así el deudor principal, como el fiador, prometieron estar á derecho dentro cierto plazo; lo que se colige de aquellas palabras de la l. 36; *Que le ayudaria*, etc. y mas abajo: *Fiase á otro*, etc.; y de consiguiente qué entónces el principal y el fiador están tenidos igualmente: y que al contrario, esta ley de Part. y la l. 26. C. son aplicables cuando alguno prometió presentar un ausente al magistrado, ya sea la causa civil, ya fuese criminal: el que de esta manera promete, no es propiamente fiador: y de esta suerte conciliaba las citadas ll. Ricard. Malumbre, D. antiguo, al cual cita y sigue Alberic. en d. l. 26. Empero, la primera interpretacion que hemos dado á las citadas ll., distinguiendo entre la causa civil y la criminal, parece mas conforme con las palabras que hemos transcrito de esta de Part. y de la 36., la que parece comprender tambien el caso en que el fiador se obliga sin el principal; y la razon inductiva de la diferencia pudo ser, que es mas fácil al fiador presentar al convenido por accion civil, que al reo en causa criminal, el que de ordinario trata de evadir el juicio, cap. *nullus* 4. *de præsumpt.* Podria tambien decirse que en el supuesto de obligarse juntamente el reo y el fiador, ó lo que es igual, cuando este accede á la obligacion del primero, no hay diferencia entre la causa civil y la criminal, y que á este caso se refiere d. l. 36. de este tít.; al paso que si el fiador se obliga como principal, á presentar al reo reconvenido criminalmente, proceda lo que esta ley dispone; y que si se obliga de la misma suerte en causa civil, que se le aplique la disposicion de la cit. l. 36: fúndase esa interpretacion en varias palabras de esta ley, cuando dice: *Obligandose so pena cierta a traerle*, etc. y en la ley siguiente: *En la manera que diximos en la ley ante desta*: véase lo que digo en d. l. siguiente.

(96) Concuerda con la cit. l. 26. C. *de fidejussor.* y tiene esto lugar aunque el fiador se haya obligado con juramento, segun Bald. en la l. 3. C. *qui accuss. non poss.* cuest. 11., y véase Jason en la l. 84. D. *de verbor. obligat.* col. 18. vers. *in* 5. *quæstione Bart.*

(97) Cuando el primer plazo fuese de seis meses; pues que si es menor, caerá en la pena, así que haya trascurrido dicho plazo y otro tanto, segun esta ley y la cit. l. 26. vers. *sin autem et secunda.*

(98) No distinguiendo esta ley, ¿la aplicarémos tambien en el supuesto que el delito sea grave, de modo que pueda dar lugar á la pena de muerte, á la de mutilacion, ó de relegacion perpetua, á tenor de la l. 12. tít. 5. Part. 3? Así parece atendida la generalidad de sus palabras; empero la Glos. en la l. penúlt. §. 1. sobre la parte *procurator*, parece creer lo contrario, y esta es la opinion de Juan de Imol. en d. lug. col 12. Pudiera tal vez decirse que al fiador, al efecto de librarse de la pena, le será permitido defender al reo, es decir, defenderse á sí mismo, sea cual fuere el delito de que se trate; y este podria ser el espíritu de nuestra ley.

(99) Nótense estas palabras, y las que siguen

dad, que non era en culpa aquel que fio, es porende quito de la fiadura. E si fuere fallado que era en culpa, entonce deue el fiador pechar a la otra parte la pena (100) que se obligo, con todos los daños, e los menoscabos quel vinieron por esta razon (101). Mas si aquel por quien fue fecha la fiadura, deue (102) alguna cosa dar, o fazer, sobre que era emplazado, deuela pechar, o fazer el fiador, con los daños, e los menoscabos que le vinieron a la otra parte por esta razon. E pechando esto, non es tenudo de la pena a que se auia obligado, pues que lo defendio en juyzio, fasta que la sentencia fue dada.

LEY 19. *Como se desata la fiaduria, muriendo aquel a quien auian fiado para aduzirlo a derecho: e que pena meresce el fiador, si es biuo, e no lo trae, a los plazos que lo deuiera traer.*

Finandose aquel a quien ouiesse alguno fiado de aduzir a derecho, ante que se cumpliesse el primero plazo a que lo deuiera aduzir en juyzio, non es tenudo el fiador, de la pena a que se obligo. Mas si muriesse despues del primer plazo (103), tenudo es de pechar la pena. E si por auentura, alguno entrasse fiador por otro, non se obligando a cierta pena, mas para traerlo a juyzio tan solamente (104) a dia señalado; si aquel dia non lo aduziesse a juyzio, puede el Juez condenarle en alguna *(i)* pena cierta de dineros, por pena que peche, segun su aluedrio. E si pudiere saber por verdad, que el fiador engañosamente lo fizo, que lo pudiera traer a juyzio, e non quiso; entonce le deue poner mayor pena (105), que si de otra guisa lo fiziesse. Otrosi dezimos, que si alguno entrasse fiador por otro (106) para traerlo a derecho, non señalando fasta qual dia, nin seyendo fecha escritura; entonce, si aquel que recibio la fiadura, non demanda al fiador, que aduzga aquel que fio, fasta dos meses (107), dende adelante es quito el fiador; fueras ende, si la fiadura fuesse

(i) contia Acad.

hasta el fin de la ley, por las que se suple y declara la cit. l. 26. vers. *sed si quidem* C. *de fidejussor.*

(100) Tenemos pues que la pena se aplicará á la parte demandante: entiéndase esto en los términos que Bart. en la l. 4. vers. *item quœro* D. *de custod. reor.*

(101) Es decir, á causa del delito; y segun esto el acusador consigue á mas de la pena los perjuicios que el delito le causó.

(102) De estas palabras parece deducirse que esta ley y la anterior tendrán lugar, aunque el fiador interviniere en causa civil; y que las palabras del principio de d. l. anterior deben tomarse por via de ejemplo, y no como que sea indispensable la circunstancia de ser criminal la causa: así que, tal vez la interpretacion mas acertada será la que puse en segundo lugar en la glos. 95: viene en apoyo de esto el que á pesar de decirse en la ley siguiente; *Acusado es sobre algun mal fecho*, no se quiso escluir el caso de ser civil la causa; sino que dichas palabras se escribieron al efecto de quitar toda duda: sobre este punto véase la Glos. en la l. penúlt. D. *de public. judic.*, y el Specul. tít. *de accusat.* §. últ. col. 4. vers. *sed quid si fidejussor.*

(103) Tenemos pues que á tenor de esta ley y de d. l. 26. C. *de fidejussor.*, de la cual trae la de Part. su orígen, el impedimento que sobreviene durante el plazo que se concede para purgar la mora, no libra de la pena al fiador: empero entiéndase esto en los términos que Bart, en la l. 84. D. *de verbor. obligat.* col. penúlt. cuest. 7 y Jason allí col. 19.

(104) Trae esta ley su orígen de la l. 4. D. *de custod. reorum*, y de lo que dice el Specul. tít. *de accusat.* §. últ. col. 3. vers. *sed si dedit fidejussorem:* como esta ley se espresa en términos generales, parece que deberá aplicarse tambien al fiador en causa civil; y con esto su disposicion será mas lata que la de la cit. l. 4.

(105) Al arbitrio del magistrado, como por d. l. 4. y segun la Glos. en el cap. *cum homo*, 23, q. 5.

(106) ¿Qué dirémos si uno promete estar el mismo á derecho? Véanse la Glos. y los DD. en la l. 4. D. *de divers. et temp. prœscript.*

(107) Entiéndase si descuidó verificar la instalacion del juicio dentro los dos meses; pues que si lo hizo, el fiador queda obligado hasta la sentencia, l. 8. §. 3. D. *de fidejussor.*, mientras no hubiese negligencia en la prosecucion del litigio, segun Bart. y Alberic. en la l. 27. C. *de fidejussor.* de la cual esta se ha tomado. No hay dificultad, cuando el fiador intervino respecto de cierto pleyto pendiente, ó que debia instaurarse. Pero, ¿qué dirémos si intervino simplemente, y no existia litigio que diere motivo al afianzamiento? Contéstese que lo mismo tendrá lugar, segun lo que dicen los DD. en la cit. l. 27. Si se trata de una causa de interés privado, y no se instaura antes de los dos meses, queda libre el fiador; empero si es de interés público, ó bien la fiaduría se celebró por escritos, el fiador permanecerá obligado por tres años, y comenzándose el litigio antes de vencer ese plazo, la obligacion subsistirá hasta la sentencia, d. l. 8. §. 3.

(108) Aprueba la segunda opinion de Azon en

fecha, sobre pleyto que pertenesciesse al Rey, o al Comun de algun Concejo; o si fuesse ende fecha escritura publica. E si la fiadura fuesse fecha en qualquier destas razones, dura fasta tres años (108): e si fasta los tres años non demandan al fiador, que aduzga a juyzio a aquel que fio, dende en adelante es quito de la fiadura, e non le pueden despues apremiar por ella.

LEY 20. *De la cosa que vno manda fazer a otro, a pro de si mismo.*

Fazen algunos omes por mando de otros algunas cosas a las vegadas, por que finca cada vno dellos obligado, tambien aquel que lo faze, como aquel otro que lo manda (109); que es otra manera de obligacion, que es semejante de la fiadura. E esto puede ser en cinco maneras (110). La primera es, quando el mandamiento es a pro tan solamente de aquel que manda fazer la cosa. E esto seria, como si vn ome mandasse a otro, que le recabdasse todas las cosas que ouiesse en algun lugar; o le mandasse comprar, o fazer alguna cosa señaladamente; o que entrasse fiador por el; o le mandasse fazer alguna otra cosa semejante destas. Ca, si aquel a quien manda fazer la cosa, recibe el mandamiento (111), tenudo es de cumplirlo. E si alguna cosa pechare, o paga-

la suma C. *de fidejussor.*, y reprueba el que en estos casos pueda ser reconvenído el fiador en todo tiempo, opinion que era la general: sin embargo de que hoy dia no tenga lugar por derecho canónico, ni por costumbre lo establecido acerca del trienio, discurrido el cual, espiraba la instancia, á tenor de la l. 13. C. *de judic.* y de la l. 9. tít. 9. Part. 6., parece que aun será aplicable la que se comenta, no hallándose derogada por otra ley ni por la costumbre; de consiguiente, aunque no termine la instancia respecto de las partes, espirará en cuanto al que prestó la caucion de estar á derecho, si el actor durante tanto tiempo descuidó reconvenir al fiador. Empero, si la accion se instituyere antes del trienio, y no hubo negligencia de parte del que recibió la caucion, entónces subsistirá ella hasta la sentencia, como dije en la glos. anterior: no desaparece la caucion por el solo trascurso del trienio, puesto que subsiste la instancia. Adviértase que la disposicion de esta ley es distinta de la que se lee en la l. 3. tít. 11. lib. 5 del Ordenam. Real; en efecto la de Part. designa el término pasado el cual espira la caucion de estar á derecho, al efecto de no caer el fiador en la pena; al paso que la del Ordenam. limita á un año el tiempo dentro del cual puede exigirse del fiador la pena, en que ha incurrido ya.

(109) Contra esta se da la accion *mandati contraria* l. 12. §. 7. D. *mandat.* el §. 12. Inst. *de pœn. temere litig.* y la l. 4. C. *mand.*—*Para que el mandatario pueda conseguir la indemnidad es preciso que no haya escedido los límites del mandato, esto es que haya obrado con arreglo á las facultades que le dió el principal. Si el mandato es para cierto negocio, se sujetará el mandatario á lo prevenido por el mandante, y respecto de lo no previsto tocante á dicho negocio, obrará cual lo hiciera un buen padre de familias: y no se entenderá haberse escedido si compra una heredad por menos precio del que se le habia indicado, Inst. §. 8. *de mand.*; pero si se entenderá haber traspasado sus facultades, cuando comprase una cosa distinta, aunque sea con mayor ventaja, l. 5. §. 2. D. *mand.* En el mandato general es mas difícil determinar las facultades del procurador ó mandatario. Puede sin duda ejercer todos los actos puramente administrativos, tales son los que tienden directamente á hacer producir el patrímonio del mandante, como dar en arriendo, vender lo que fácilmente no puede conservarse. Podrá tambien hacer las reparaciones que ocurran, y aquellas mejoras que acostumbraba ó que es probable hubiese hecho el mismo mandante; si bien que siendo unas y otras de consideracion deberá atenderse á si considerada la distancia pudo ó no ser consultado el principal. En iguales términos parece deberemos reconocerle facultades para deducir una accion en juicio, mayormente si faltaba poco tiempo para que la accion se prescribiese, ó se temia la insolvencia del deudor. Empero, en ningun caso podrá transigir, ni deferir el juramento, á menos que se hubiese espresado concedérsele semejante facultad, ó que se hubiese dicho que se le otorgaba poder *libre y llenero* para hacer cuanto podria el principal. arg. l. 19. tít. 5. Part. 3. Todo mandatario ó procurador *ad negotia*, tiene facultad para sustituir, aunque ella no se haya espresado; empero es responsable de los actos del sustituto, l. 19. cit. al fin.

(110) Trae su orígen de la l. 2. D. *mandat.* y del principio Instit. d. tít.—*Adviértase que para aceptar un mandato estrajudicial se requiere la edad de diez y siete años, l. 19. tít. 5. Part. 3.: los procuradores de pleitos han de ser mayores de edad, l. cit.

(111) Añád. l. 22. §. últ. D. *mandat.* y el §. 11. Instit. d. tít., donde se lee, que siendo la cosa íntegra, puede renunciarse el mandato, aunque se verifique sin justa causa; y así lo entiende Juan Fadr. en la l. 56. §. 1. D. *mandat.*: empero Alberic. en d. §. últ., siguiendo á Jacob. Butric., sostiene que aun cuando el negocio sea íntegro, no puede libremente renunciarse el mandato,

re, o despendiere (112), en cumplir el mandamiento, tenudo es otrosi de gelo pechar, aquel por cuyo mandado lo fizo. Otro si dezimos, que si aquel que recibe el mandamiento faze algun engaño, en non cumplirlo, o por su culpa (113) viene daño al otro; que es tenudo de pecharle todo el daño, que le viniere por razon del: ca tal mandamiento como este reciben los omes, unos de otros, por facerles amor, e non por fazerles daño.

LEY 21. *De la cosa que manda fazer alguno, a pro de otro tercero tan solamente, o a pro de si, e de otro.*

Mandando vn ome a otro fazer alguna cosa, que non fuesse a pro de aquel que lo mando, nin de el que recibio el mandado, mas de otro tercero; esta es la segunda manera de que fablamos en la ley ante desta. E esto seria, como si dixesse: Mandote, que recibas las cosas que ha fulan en tal lugar; o que le compres, o que le fagas tal cosa (diziendolas señaladamente), o que entre fiador por el; o le mandasse fazer otra cosa semejante destas. Ca, si aquel a quien mandan fazer esto, recibiesse el mandado, por fazer gracia, e amor aquel gelo manda, deuesse trabajar de cumplirlo, quanto pudiere bien e lealmente. E si alguna cosa pagare, o pechare, o despendiere en razon deste mandado, tenudo es de gelo fazer todo cobrar, aquel (114) que gelo mando fazer. E si algun daño recibio este tercero, por cuyo pro se faze el mandado, o por engaño, o por culpa de aquel que recibio el mandado, puedelo demandar a aquel (115) que lo mando fazer; e es tenudo de gelo pechar. Pero quanto pechare por esta razon aquel que fizo el mandamiento, bien lo puede demandar a aquel que recibio el mandamiento; e el es tenudo de lo pechar, pues que por su culpa (116), o por su engaño vino. La tercera manera de mandamiento es, quando manda fazer vn ome a otro alguna cosa, por pro de si mismo, e de otro tercero alguno. E esto seria, como si dixesse: Mandote, que recibas las cosas que auemos yo e fulan en tal lugar; o que compres tal viña; o que fagas tal cosa para mi, e para el; o que entres fiador por nos; o que le mande fazer otra cosa semejante destas. Ca, si aquel a quien mando fazer esto, recibe el mandado, tenudo es de lo cumplir bien e lealmente. E si alguna cosa pechare, o despendiere, aquel que recibio tal mandamiento, por razon del, tenudo es de gelo pechar todo, aquel que gelo mando fazer. Otrosi, el otro a quien nombro en el mandado deue y dar su parte, si lo que assi pecho entro en pro del (117). E si aquel que recibio el mandado, fizo algund engaño, en aquello que ouo de fazer, o de recabdar, o por su culpa viene daño, o menoscabo en ello; tenudo es de lo pechar, aquel de quien recibio el mandado.

entendiendo en estos términos la cit. l. 56. §. 1.: lo que parece mas acertado, y parece probarlo esta ley, junto con la Clement. 1. *de procurat.*—* La intencion de esta ley habrá sido escluir la renuncia únicamente apoyada en que el negocio es íntegro, esto es, que puede igualmente ser desempeñado por otro; pero no la que se funda en justa causa: así se halla espresamente dispuesto respecto del procurador de pleitos en la l. 23. tít. 5. Part. 3. Podrán ser justas causas de renuncia una enfermedad, el temor fundado de que al mandante no le será posible resarcir los gastos que se hagan para la ejecucion del mandato, un largo viage que deba emprender el mandatario etc. ll. 23. 24. y 25. D. *mandat.* Concluye además el mandato: 1.° en virtud de revocacion que de él haga el mandante, pues que el contrato se celebra todo en beneficio del mismo: 2.° por la muerte del mandatario; sin embargo sus herederos llevarán á cabo el negocio comenzado, si se hallasen en disposicion de hacerlo, arg. l. 23. tít. 5. Part. 3., la que habla en estos términos respecto del procurador *ad lites*: 3.° por la muerte del mandante, pero si hubiese algun negocio comenzado por el mandatario, deberá concluirlo, arg. l. cit.

(112) Añád. l. 12. §. 9. D. *mandat.*

(113) Entiéndase de toda especie de culpa, inclusa la levísima, cuando el mandato requiere un cuidado esactísimo, l. 13. C. *mandat.* y allí Cino, Alberic. y demás D. D., y Alex. concil. 41. col. 3. vol. 3.

(114) Y debe el mandatario ceder al mandante las acciones contra ese tercero, l. 27. §. últ. D. *mandat.*: pero ¿este, en provecho del cual redundó el negocio, estará tenido al mandatario por la accion *negotiorum gestorum?* Así parece, atendido lo que se lee en la ley siguiente, y lo que en ella llevo anotado.

(115) Por medio de la accion *negotiorum gestorum*, como que este mandante hubiese administrado los negocios del tercero, l. 22. §. 10. D. *mandat.*

(116) Y lo conseguirá por medio de la accion de mandato, segun la ley siguiente y la l. 14. C. *de negot. gest.*

(117) Aprueba la opinion de Azon en la suma C. *de negot. gest.*, princ. vers. *item oportet*, y véan-

LEY 22. *De la cosa que manda fazer un ome a otro, a pro de amos a dos.*

Por gracia, e a pro de aquel que manda, e de aquel que rescibio el mandamiento, puede ser mandada fazer alguna cosa; e esta es la quarta manera de que fezimos emiente de suso. E esto seria, como si alguno ouiesse menester marauedis, e rogasse, o mandasse a algun Judio (118), que le diesse, o le emprestasse estos marauedis a ganancia, a el o a su mayordomo, o a su personero, de aquel que lo mando fazer. Tal mandado como este es a pro del que lo manda fazer, porque se aprouecha de los marauedis, en aquellas cosas que manda facer a su mayordomo, o a su personero. Otrosi es a pro del que rescibe el mandado, porque le den ganancia de los marauedis que presto. E porende dezimos, que aquel que manda esto fazer, es tenudo de pagar los marauedis, con la ganancia, a aquel que resçebio el mandado del. Ca, pues su mayordomo, o su personero, los rescibe por mandado del, tenudo es, como si el mismo los rescebiesse. La quinta manera de mandamiento es, quando vn ome a otro manda que faga, o de alguna cosa, a pro tan solamente de aquel que rescibe el mandado, e de otro tercero. E esto seria, como si alguno mandasse a otro que diesse sus marauedis a ganancia a otro tercero, nombrándolo. En tal caso como este dezimos, que si este que dio los marauedis, non los pudiesse cobrar de aquel que los rescebio, que los puede demandar despues, a aquel que gelos mando dar. Esso mismo seria, si alguno mandasse a otro, que prestasse cierta quantia de marauedis a otro tercero, sin ganancia (119), o otro pro que esperasse auer del prestamo.

LEY 23. *De la cosa que manda fazer vn ome a otro, a pro de aquel que rescibe el mandado.*

A pro tan solamente de aquel que rescibe el mandado, acaesce a las vegadas, que manda a

se Alberic. y Paul. de Castr. en d. l. 14. C. *de negot. gest.*, y la Glos. en la l. 3. §. últ. D. d. tít.

(118) Autoriza pues esta ley á los judíos, para que den á logro; aun mas, obliga al mandante al pago de los intereses. A esto parece oponerse el cap. *post miserabilem* 12, y el cap. *quanto* 18 *de usur.*, donde se dice, que ni los judíos pueden exigir usuras, dado que tambien están prohibidas por la ley antigua, y que se prohibe en particular, que las exijan de los cristianos; además se previene á los príncipes, que prohiban á los judíos semejante tráfico, y se condenan las leyes y costumbres que lo autorizan, á cuyos cap. se agrega la disposicion de la Clement. 1. *de usur.*; y no puede recaer dispensa sobre este punto, cap. *super eo* 4. *de usur.* y allí Abb., y Bald. en la l. 1. C. *de Summa Trinit.* col. 3. vers. *sed juxta hoc quæro*, dice, que ni aun so pretesto de utilidad pública, ni para evitar un mal mayor, puede el príncipe permitir las usuras, y lo mismo dice el citado Bald. en la auth. *ad hæc* C. *de usur.*, así como Juan Andr. en la regl. *peccatum in mercurialibus*, *de reg. jur.* lib. 6. Podria contestarse, que en la época en que se promulgaron las leyes de Part., se permitia el logro á los judíos de nuestro reino, en fuerza de una costumbre general, y de autorizacion del Sumo Pontífice, quizá atendida cierta causa; y de otra parte opinan algunos DD., que puede esto autorizarlo el romano Pontífice por consideracion al bien público, y atendido algun motivo particular, segun Pedro de Anchar. consil. 343, y Alex. consil. 1. y 107. vol. 2. donde refiere haber visto varias concesiones apostólicas, que se dirigian á autorizar á ciertos príncipes, para que pudiesen permitir á los judíos el ejercicio del logro, de conformidad con antiguas costumbres: que esto puede hacerlo el Papa en algunos puntos, y en virtud de justa causa, lo trae Alex. en entrambos consilios; empero, no me parece á mi conveniente semejante autorizacion, porque la ocasion de pecar debe evitarse aun respecto del infiel, segun el lib. 2 de los Reyes, cap. 12. En nuestros tiempos no vemos judíos que den á logro, pero no faltan, y lo que es peor (como dice S. Bernardo en la epist. 322 al clero y pueblo de Espira) cristianos usureros, que hacen el oficio de judíos, á quienes segun él, mas bien deberia llamárseles judíos bautizados; los que, paliando las usuras á título de cambio, las exigen tan enormes, que ciertamente causa lástima el considerarlo, de modo que se ha cumplido aquello del psalmo, *et non defecit de plateis ejus usura, et dolus*, psalm. 54. vers. 12; es de temer la cólera de Dios, pues como dice S. Ambros. epist. 70. los pueblos han caido á cada paso en el vicio de la usura, y él ha sido la causa de su ruina. — * Solian en efecto nuestros reyes conceder cartas de privilegio á ciertos judíos y moros para dar á logro, las que se mandaron retirar por el Ordenamiento de Alcalá, disponiéndose además, que en lo sucesivo no se concediese semejante privilegio, l. 2. tit. 23. del cit. Orden. Véase la adicion á la glosa 67. tít. 1. de esta Part.

(119) Pero este mandato viene ya comprendido en la segunda especie, de que se habla al principio de la ley anterior.

otro fazer alguna cosa. E esto seria, como si le dixesse: Consejovos, o mandovos, que de los marauedis que tenes, que compres viñas, o heredades; o otra cosa alguna semejante destas, que le mandasse comprar, o mejorar. Ca, si esto fiziesse por consejo, o por mandado de otri, maguer le viniesse daño de tal consejo, o mandamiento, non seria tenudo (120) de gelo pechar, el que lo mando fazer. E esto es, porque tal mandamiento como este, mas es consejo que mandamiento. E aquel a quien es fecho, deue catar, si es a su pro, o non, ante que lo faga. Ca ninguno non es tenudo por premia, de tomar consejo, que otro le da, si non quisiere. Porende, non le empece aquel que lo mando fazer. Fueras ende, si fuesse fallado en verdad, que tal mandamiento, o consejo, auia dado maliciosamente (121), o con engaño. Ca entonce, quanto daño le viniesse por razon del engaño, seria tenudo de lo pechar.

LEY 24. *En que manera deue ser fecho el mandado.*

Los mandamientos que los omes fazen vnos a otros, de que fablamos en las leyes ante desta, pueden ser fechos en muchas maneras. Ca puedense fazer (122), estando delante los que mandan fazer la cosa, e los que reciben el mandado. E aun se pueden fazer por cartas, o por mensajeros ciertos; maguer non esten delante los que mandan fazer la cosa, nin los que reciben el mandamiento. E puedense fazer a dia cierto, o so condicion. E a dia cierto se podrian fazer, como si mandasse vn ome a otro por palabra, o por carta, o por mensajero, que diesse a comer, e a vestir algun ome, fasta algun dia señalado. E so condicion se faria, como sil mandasse: Si tal cosa acaesciere, da a fulan tantos marauedis, o tal cosa. E estos mandamientos sobre dichos, de que fablamos fasta aqui, se pueden fazer por tales palabras (123), diziendo vn ome a otro: Ruego (124), o mando, o quiero, que des tantos marauedis; o que fagades tal cosa; o que me fiedes. Por qualquier de tales palabras como estas, o por otras semejantes (125) dellas, porque se puede entender, que el que faze el mandamiento, lo faze con entencion de se obligar, vale el mandamiento, e finca por ello obligado el mandador, a aquel que recibe el mandado. E si por auentura, alguno, despues que ouiesse fecho el mandamiento por

(120) Añád. l. 2. al fin, D. *mandat.* y el §. 6. Instit. d. tít.

(121) Lo mismo tendrémos, si este no hubiera de otra suerte verificado lo que se le aconsejaba, l. 6. §. 5. D. *mandat.* y allí la Glos. y DD., y Bart. en la l. 11. §. 3. D. *de injur.* col. últ. vers. *prædicta vera.* ¿Y qué dirémos en caso de duda? Parece que si el consejo recae sobre contrato, no se presumirá que de otra suerte no se hubiera contratado; pero si, cuando versa sobre delito; así opinan Dino. en la regl. *in obscuris*, *de reg. jur.* lib. 6. y Bald. en la l. 20. D. *de his qui notant. infam.*, col 2. y en la l. 11. C. *qui accus. non poss.* col. 3.: aun mas, segun la Glos. y Bart. en d. l. 11. §. 3. cuando se trata de delito, no cabe la distincion indicada. Empero Angel. en el tratado *maleficior.* en la parte *Sempronium mandatorem* col. últ., dice, que si el mandatario no hubiera cometido el delito sin el consejo que se le dió, se le impondrá una pena mas leve: adviértase que si bien la opinion de los DD. es, que á tenor de d. l. 6. §. 5. obliga el consejo que versa sobre contrato, cuando de otra suerte el mandatario no hubiera contratado; esta ley de Part. parece querer lo contrario, al establecer indistintamente, que si el acto tiene el carácter de consejo, no obligue al que lo da, ya hubiese dicho, *Consejovos*, *ya mandovos*; y esta es la opinion de la Glos. en el §. 1. Instit. *mandat.*, sobre la parte *ex consilio* al fin, esceptuando únicamente el caso de la l. 2. D. *de proxenet.* y aquel en que mediare fraude; y no obsta la cit. l. 6. §. 5., porque habla no del consejo, y si del mandato; y así la entiende Juan Fabr. en d. §. 1. Instit. *mandat.*: á lo dicho se agrega, que el que aconseja, no tiene intencion de obligarse, segun la l. sig. De consiguiente el que aconseja, no se obligará, haya ó no sido la causa de la celebracion del contrato. — * El que aconseja un delito no queda obligado respecto del que recibe el consejo, pero lo mismo que este es responsable del resarcimiento de los perjuicios, segun la l. sig.: y algunas veces se le impone la misma pena que al reo principal, como en el delito de lesa majestad y en el de hurto, l. 3. tít. 2. y l. 4. tít. 14. Part. 7.

(122) Trae esto su origen de la l. 1. D. *mandat.* y de lo anotado por Azon en la Suma C. d. tít. col. 2. vers. *contrahitur mandatum.*

(123) ¿La sola voluntad no espresada por palabras inducirá mandato? Así lo quiere la l. 1. D. *mandat.* vers. *sive volo* etc.; pero entiéndase esto en los términos que Bart. en la l. 40. D. *solut. matrim.* col. 2. ver. *oppono et videtur*, y en la l. 2. §. 2. D. *de oper. nov. nunciat.* Acerca de si la ostension del sello hará presumir mandato, véase Bald. en la l. 1. C. *de procurat.* col. últ., el cual está por la negativa.

(124) Añád. l. 1. D. *mandat.* y el cap. *rogo* 11. q. 3.

(125) Añád. l. 5. §. 10. D. *de instit. act.*, l. 12. §. 13. D. *mandat.* y l. 1. §. 1. en las palabras *pe-*

tales palabras como estas que de suso diximos, quisiere dezir, que lo non fiziera con entencion de obligarse, non deue ser oydo. Fueras ende, si pudiere prouar, por aquellos ante quien fue fecho, que assi es, como el dize, que lo non fizo con entencion de obligarse, mas de otra manera; lo que seria graue (126) de prouar.

LEY 25. *Quales despensas puede cobrar aquel que las fizo por mandado de otro, e quales non.*

Rescibiendo vn ome de otro mandado para fazer alguna cosa guisada, si acaesciere que pechare algo porende, es tenudo el que gelo mando fazer, de gelo pagar. Mas si le mandasse fazer furto (127), o robo, o omicidio, o le mandasse encender algunas casas, o miesses, o le mandasse fazer otro mal alguno a otro a tuerto; maguer pagasse porende alguna cosa el que recibe el mandado, non seria tenudo de fazer ende emienda, aquel que gelo mando fazer; como quier que tambien el vno (128), como el otro, deuen pechar al tercero quel daño, o el mal recibiesse, todo tanto quanto menoscabasse, o perdiesse por razon del tal mandado. Otrosi dezimos, que si alguno que fuesse menor (129) de veynte e cinco años, mandasse a otro, qualquier que fuesse, que entrasse fiador a alguna barragana, o a otra alguna mala muger, con que ouiesse que ver, que le diesse de vestir, o otras joyas algunas, o otra cosa qualquier; maguer este a quien lo mandasse fazer, despendiesse por tal mandado alguna cosa, non seria el otro tenudo de gelo fazer cobrar, si non quisiere: porque tal despensa es fecha á daño del menor, e sobre cosa desaguisada, e mala.

LEY 26. *De las cosas agenas que recabda vn ome por otro.*

Vanse (130) los omes a las vegadas de sus tierras, e de sus lugares a otras partes; e por desacuerdo, o por oluidança, non encomiendan sus casas, nin sus heredades, a quien las recabde, nin las labre. E acaesce, que algunos de los que fincan en aquellos lugares, por parentesco, o por amistad que han con aquellos que se van, estos de su voluntad, sin mandado de otro, trabajanse de recabdar, e de endereçar aquellas heredades, e las otras cosas que assi fincan como desamparadas, e despienden y de lo suyo a las vegadas; e a las vezes esquilman de las heredades, e aprouechanse dellas. E porende dezimos (131), que quanto despendiere alguno desta manera en pro, o en mejoria de la heredad, o de las cosas de otro, en nome del, que tambien es tenudo de gelo fazer cobrar el señor de la heredad, como si lo ouiesse fecho por su mandado mismo. Otrosi el otro es tenudo de dar al señor de la heredad lo que ende esquilmare, demas de las despensas que y ouiere fechas; dándole ende cuenta verdadera (132) e derecha.

ticulo meo D. *quod juss.* y allí la Glos.

(126) Porque debemos atenernos á la verdadera significacion de las palabras, l. 69. D. *de legat.* 3. y l. 1. §. *si servus* D. *de exercitor. act.*

(127) Añád. l. 2. tít. 10. y l. 38. tít. 11. de esta Part.: en el mandato general no vienen comprendidas las cosas torpes é indecorosas, l. 21. §. 2. D. *ad municip.*, l. 6. §. 2. D. *de condict. indeb.* y l. 12. D. *quæ in fraud. creditor. alienat.*

(128) Añád. l. 38, tít. 11. de esta Part., l. 13. D. *ad leg. Aquil.* y l. 11. §. 3. D. *de injur.*

(129) Añád. l. 12. §. 11. D. *mandat.*

(130) Esto indica que la disposicion de la ley no tendrá lugar, cuando no estuviese ausente aquel, cuyos negocios se administran; pero lo contrario siente la Glos. en el supuesto de no hallarse presente y sabedor del hecho el dueño: véanse allí Bart. y Alberic.

(131) Añád. l. 2. D. *de negot. gest.* y el §. 1. Instit. *de obligat. quæ quasi ex contract.*

(132) Añád. l. 2. D. *de negot. gest.* y el §. 1. Instit. *de obligat. quæ quasi ex contract.* Dedúcese de esta ley, que el hermano que permanece en comunion con sus hermanos, debe darles cuenta de su administracion, cuando la division se verifique; y así lo decide Bald. consil. 418, parte 3, duda 6, diciendo, que las cuentas deben formarse, probando cada partido en la forma que sea posible: no es posible administrar testigos respecto de todos, así que bastará el juramento por lo que mira á las cantidades de poca monta, y tambien podrá ser bastante en cuanto á las demás, segun sean la calidad de la persona y el grado de verosimilitud que resulte de otras circunstancias, arg. l. 36. C. *de donat.*, y segun lo anotado en las ll. 48. y 38. D. *de rei vindic.*: opina Socin. consil. 46. vol. 1., col. 1. que lo dicho tendrá lugar, cuando el hermano administró como tal *(jure fraternitatis)*; pero si lo hizo en clase de tutor ó curador, dice, que las cuentas deben ser mas justificadas, l. 1. princ. y §. 10. D. *de tutel. et ration. distrahend.* y ll. 2. y 14. C. *de adminis. tutor.*, y aduce allí una decision notable de Abb., á saber, que el hijo que administró, viviendo su padre, deberá rendir cuentas de su administracion, aunque el padre no

LEY 27. *De las cosas de los Reyes, e de los huérfanos, e del Comun de algun Concejo, que recabdan, o facen algunos omes, sin su mandado.*

Guardador de huerfano, o Procurador, o Mayordomo del Rey, o de otro ome, o del Comun de algun Concejo, que tuuiesse en guarda, o que ouiesse de ver, o de reçabdar las cosas de alguno destos sobredichos, si acaesciesse que fuese a alguna parte, e non dexasse aquellas cosas que auia de recabdar, o de auer, en comienda de alguno, o fincando en el lugar, fuesse negligente en recabdarlas; e algun su amigo, o pariente, queriendolo guardar (133) de daño, se trabajasse de aliñar aquellas cosas; si este atal alguna cosa espendiesse a pro (134) de los señores sobredichos, en recabdandolas; tenudo es (135) aquel que las auia en guarda, o aquel cuyas son las cosas, de gelo fazer todo cobrar. Otrosi dezimos, que este, que se trabajasse de recabdar, o de aliñar las cosas sobredichas, que es tenudo de dar cuenta ende, a aquellos que las tienen en guarda, o al señor dellas; tornando todo lo que esquilmo ende, demas de las despensas, assi como de suso diximos en la ley ante desta.

LEY 28. *Que departimiento ha en las despensas que los omes fazen en las cosas agenas, sin mandado de aquellos cuyas son.*

Departimiento ha en las despensas que los omes fazen, recabdando las cosas agenas sin mandado de otro. Ca tales despensas y ha, que quando las comiençan a fazer, semeja (136) que son a pro de las cosas, e acaesse (137) despues, que non es assi. E otras y ha, que son a pro en el comienço, e despues que son fechas (138). E aun y a otras que son necessarias (139), que conuiene en todas guisas que las fagan; e si non, perderse y an, o menoscabarse y an las cosas. E porende dezimos, que las despensas que alguno ficiere a buena fe, en recabdando cosas agenas de otro ome, que non fuesse huerfano menor de catorze (140) años, en qual manera quier que las faga, destas sobredichas, que las deue cobrar (141) de aquel cuyas son las cosas. Mas si las despensas fuessen fechas a pro, e guarda del huerfano, que son necessarias (142), o que son a pro en el

se las hubiese pedido durante su vida: véase al citado Socin. y á Abb. consil. 12. duda 6.

(133) Esprésase esto, porque la accion *negotiorum gestorum* compete contra el administrador, en el único caso que haya administrado un tercero por contemplacion á la persona de dicho administrador, l. 6. respons. 1. y 2. D. *de negot. gest.*, y Azon en la Suma C. d. tít. col. 2. vers. *sunt autem.*

(134) Véase la l. sig.: concuerda esta l. de Part. con d. l. 6. respons. 1. D. *de negot. gest.* y con la l. 47. D. *de solut.*

(135) Añád. l. 31. §. 1. D. *de negot. gest.*

(136) No basta la opinion del administrador, sino que se atiende á si el dueño hubiera probablemente hecho lo mismo en su lugar, l. 10. §. 1. D *de negot. gest.* y allí Bart. y Bald.

(137) Por ejemp. si hizo curar un esclavo, que despues muere, d. l. 10. §. 1.; ó si cuidó de reparar una casa, que posteriormente ha sido consumida por un incendio; ó bien si compró mercancías, de los que eran objeto de comercio del dueño, y perecieron por caso fortuito; pero no tendrá derecho á la indemnizacion, si el negocio era distinto de los que acostumbraba verificar el dueño, l. 11. D. *de negot. gest.* y l. 33. de este tít.

(138) Como si hizo construir ó reparar una casa, que subsiste en pié; ó bien si paga al acreedor del pupilo, de lo que resulta un efecto duradero respecto de este mismo.

(139) Véase la l. 22. D. *de negot. gest.* y allí Bart.

(140) Aprueba esta ley la opinion de Jacob. de Raven., transcrita por Alberic. en la l. 6. 1. respons. D. *de negot. gest.*, á saber que si se administran los negocios de un adulto, tenga ó no curador, se considera en este punto como mayor de edad, escepto en cuanto á la restitucion por entero; opinion que, segun el citado Alberic., apoya la l. 9. D. *de negot. gest.*: y desecha esta ley el parecer de los que en esta materia equiparaban al pupilo el menor que tiene curador: en efecto, no distingue entre menor y menor, y si solo entre este y el pupilo.

(141) Basta pues que el negocio se principiara útilmente, sin que sirva de obstáculo el que la utilidad haya desaparecido, segun esta ley, la l. 10. §. 1. D. *de negot. gest.*, y la l. 4. D. *de impen. in res dotal.* Empero la accion *de in rem verso* se deniega, si la utilidad no subsiste, á tenor de la l. 10. §. 6. D. *de in rem vers.*; podrá decirse en contrario, que dicha accion compete en todos aquellos casos, en que corresponde la *negotiorum gestorum*, segun la l. 3. §. 2. D. *de in rem vers.*, si bien esta regla no procede á la inversa, como lo nota Bart. en la l. 22. D. *de negot. gest.*: véase la solucion en lo anotado por la Glos. y Paul. de Castr. en d. l. 10. §. 6.

(142) Cuales sean estas, véase en la l. 79. D. *de verbor. signific.*: se refieren á esta clase las que indiqué mas arriba, á saber, la curacion de un

comienço, e despues (143), en la manera que de suso es dicha; deuelas cobrar del huerfano, aquel que las fizo. E si fuesse sobre cosas que semejassen a pro, quando las començassen, e despues non paresciesse aquella pro, o non durasse, assi como dize en el comienço desta ley, entonce non seria el huerfano (144) tenudo de dar tales despensas; mas aquel que tiene (145) sus cosas en guarda, las deue pagar de lo suyo.

LEY 29. *Como los que recabdan cosas agenas a mala entencion, non deuen cobrar las despensas que y ficieron.*

Con buena entencion se deuen mover los omes a recabdar las cosas agenas, con voluntad de fazer plazer a aquellos cuyas son, e non por cobdicia de ganar, nin de robar ninguna cosa, en aquello que recabdaren. E por ende dezimos, que si pudiere ser sabido en verdad, que alguno se mueue con mala entencion (146) a fazer esto; e en aquellas cosas que recabdo, non paresce que aliño, nin mejoro ninguna cosa, donde puedan sacar las despensas que fizo en recabdarlas; que entonce las deue perder, e non es tenudo el señor de las cosas, de gelas pechar. Pero si fallaren, que en recabdandolas, fizo tanta ganancia, onde se puedan pagar las despensas, e que finque (147) al señor de las cosas otrosi parte de las ganancias, entonce bien las podria retener (148). Otro si dezimos, que si algun daño, o menoscabo, auiniesse en las cosas que recabdasse este atal, que lo deue todo pechar (149), quanto se perdiesse, o se menoscabasse, por qual manera quier que acaesciesse. E esto es, porque se mouio a recabdar estas cosas, a mala fe, con entencion de robar, o fazer algun engaño.

LEY 30. *Como el daño, e el menoscabo que viene en las cosas agenas por culpa de aquel que las recabda, lo deue pechar.*

A buena fe e lealmente deue todo ome recab-

esclavo que podia ser útil, y la reparacion de una casa, como lo declara la Glos. en d. l. 10. D. *de negot. gest.*

(143) Entiéndase al tiempo de la contestacion del pleito, cuando las impensas eran de la clase de las útiles; pues que, si fueron necesarias, no se atiende á si se ha hecho ó no mas rico, l. 37. princ. D. *de negot. gest.*, Azon en la Suma C. d. tít. col. 2. vers. *sunt autem* y la Glos. en la l. 6. 1. respons. DD. tít. —* Esta misma distincion la hace aquí nuestra ley, diciendo, *que son necessarias, o que son a pro en el comienço e despues.*

(144) Lo mismo deberá decirse de la iglesia, segun la Glos. en el cap. *sine exceptione*, 12, q. 2. sobre la palabra *profuturum*, y allí Archid. siguiendo á Joan. de Frantu., declara que la iglesia se equipara en un todo al pupilo: añádase á esta ley la l. 2. C. *de negot. gest.*

(145) Entiéndase esto del administrador voluntario: si fuese necesario, cual un tutor ó curador, sin distincion podrá reclamar del pupilo las impensas útiles, que haya hecho, aunque no puedan referirse á la clase de las necesarias, y no obstante que la necesidad no subsista, l. 3. §. 7. D. *de contrar. tutel. act.* y Ang. en d. l. 6. 1. respons. D. *de negot. gest.* Ahora, si el tutor se entrometió en la administracion con ánimo de defraudar, entonces su accion quedará limitada á la cantidad, por la cual resulta mejorada la condicion del pupilo, d. l. 6. §. 3. y allí Bart. al fin.

(146) ¿Pero de dónde resultará esta mala intencion? Véase la glos. únic. á la l. 7. §. 4. D. *ex quib. caus. in posses. eat.* sobre la parte *animus.* Bart. en d. l. 6. §. 3. D. *de negot. gest.*, de la cual esta trae su oríjen, dice, que se presumirá la intencion de que se trata, si oculta algo al rendir las cuentas; pues que de ahí podrá inferirse que entró en la administracion con mala fe, arg. l. 7. §. 12. D. *ad Macedon.*: podrá tambien inducirse de otras conjeturas, segun Alberic. en d. lug. Adviértase que segun esta ley y la l. 6. §. 3. D. *de negot. gest.*, se dirá ladron el que mira su propia utilidad, y no la del dueño: para lo mismo alega d. l. Bald. en el cap. 1. *de feudo marchiæ*: añád. l. 7. §. 3. D. *pro emptor.*

(147) Manifiesta esta ley, que si la utilidad reportada por el dueño, no escede el importe de las impensas, no tendrá el administrador accion, ni derecho de retencion, por razon de las mismas, lo que no deja de ser singular; lo contrario parece probar la cit. l. 6. §. 3. D. *de negot. gest.*, dado que no puede negarse, que el dueño se ha hecho mas rico por la cantidad á que ascienden dichas impensas; á mas de que, cuando uno ha logrado no perder, por el mismo hecho puede decirse mas rico *(locupletior factus)*, l. 47. §. 1. D. *de solut.*, y lo anotado por Bart. en la l. 1. §. 2. D. *commodat.*, siguiendo á la Glos. en la l. 3. princ. D. d. tít. Empero esta ley de Part. quizá se propuso esplicar la cit. l. 6. §. 3, y á causa de la intencion de defraudar, denegó toda accion al administrador, cuando la utilidad no escediese de la cantidad invertida: téngase esto presente.

(148) Se le dará tambien accion, d. l. 6. §. 3. D. *de negot. gest.* y allí la Glos. y los DD.

(149) Así pues, niégase en este caso la accion, como lo nota tambien Bald. en d. l. 6, §3.

(150) Por lo regular el *negotiorum gestor* presta

dar, e aliñar las cosas agenas, queriendose trabajar ende. E esto deue fazer de manera, que por su culpa, nin por engaño que el faga, non se pierda, nin se menoscabe ninguna cosa dellas. E si alguna cosa se perdiesse, o se menoscabasse por su culpa (150), e por su engaño, tenudo es de de lo pechar. Pero si se mouiesse a recabdar las cosas sobredichas, porque las fallo tan desamparadas, que ome del mundo (151) non metia mientes en ellas; e por desviar el daño al señor dellas, o de aquellos que las tienen en guarda, se trabajo de lo fazer; entonce non seria tenudo de pechar, lo que por su culpa se perdiesse. Fueras ende, si le prouassen, que se perdiera por engaño (152) que ouiesse el y fecho.

LEY 31. *De las cosas que recabdan los omes, cuydando que son de algund su amigo, e son de otro.*

Cuydando (153) algun ome recabdar las cosas de algun su amigo, e non fuesse assi, e recabdasse las cosas de otro alguno, non lo sabiendo; tenudo es aquel cuyas fueren, de darle ende todo lo que despendiere en recabdarlas, tambien como si en su nome, o por su amor del, se ouiesse trabajado de lo fazer. Otrosi decimos, que este que se trabajasse en recabdar cosas agenas, assi como sobredicho es, que es tenudo de dar cuenta dellas, a aquel cuyas son, e de responderle con lo que esquilmare dellas, sacadas las despensas; tambien como si el mismo gelas ouiesse encomendadas.

LEY 32. *De la paga, que rescibe, o faze alguno en nome de otro.*

En nome de otro rescibiendo alguno marauedis, o otra cosa qualquier, quier sea debdo que deuan a aquel en cuyo nome lo rescibe, quier non (154), si este en cuyo nome lo rescibe, lo ha por firme despues que lo sabe, tenudo es el otro, de darle aquello que en su nome rescebio. E si algunas despensas fizo, en recabdandolo, o en leuandolo, deuelas cobrar de aquel en cuyo nome rescibio la cosa. E si era deuida la cosa que assi rescibio, luego que el otro lo ouo por firme, assi como de suso es dicho, finca quito de toda la debda, el que la deuia. Otrosi dezimos, que si vn ome pagase debda verdadera, que otro ome deuiesse, que luego que la ha pagada, que finca el que la deuia, libre, e quito (155), maguer la pagasse sin su mandado. Pero aquel por quien es fecha esta paga, es tenudo de dar al otro, aquello

el dolo, la culpa lata y la leve, segun esta ley, la l. 20. C. *de negot. gest.* y la l. 11. D. tít. cit.: prestará tambien la levísima, si impidió que se encargara de la administracion un sugeto muy diligente, Instit. § 1. vers. *sicut, de obligat. quæ quasi ex contract.*; tambien cuando el principal fuese muy diligente, y que de otra suerte hubiera cuidado de sus negocios, segun Paul. de Castr. en d. l. 11.: no responde de ordinario del caso fortuito, l. 22. C. d. tít., escepto en algunos casos, que pueden verse en la Glōs. á la cit. l. 11. —*La palabra culpa simplemente usada, indica la leve, y en confirmacion de esto viene en nuestro caso la ley 34. de este tít., la que queriendo exigir mayor cuidado del *negotiorum gestor* que se entrometió en la administracion, alejando á un sugeto muy diligente, dice que será responsable de lo que se perdiese ó menoscabase por su engaño, por su culpa y por su negligencia. Será tambien responsable del caso fortuito si emprendió algun negocio de los no acostumbrados por el dueño, l. 33. de este tít.

(151) Lo mismo tendremos, aunque hubiese habido algun sugeto, que pretendiera encargarse de la administracion, si era de carácter negligente, ó muy poco idóneo, segun Alberic., siguiendo á Jacob de Raven. en la l. 3. § 9. D. *de negot. gest.* (de la que esta ley se ha tomado) fundado en la l. 1. § 1. D. *quod cujusque univers. nom.*

(152) O por culpa lata, la que se equipara al dolo, l. 32. D. *deposit.*

(153) Tenemos aquí, que la presuncion cede á la realidad de los hechos; lo que concuerda con la l. 5. §. 1. D. *de negot. gest.*, de la cual esta ley se ha tomado, y véanse allí los DD. sobre esta cuestion, y añad. l. 2. C. *de ingen.* y allí Bald., l. 4. § 1. D. *de manumiss. vindict.*, y l. 2. § 2. D. *pro emptor.* y allí Bart., el citado Bald. en la l. 3. lect. 2. col. penúlt. D. *de offic. prætor.*, el Specul. tít. *de empt. et vend.*, § *nunc dicendum*, col. últ., Decio consil. 154. y Oldral. consil. 76. ¿Será aplicable el mismo principio en materia criminal? Véase Bart. en la l. 38. D. *de adult.*, la Glos. en el cap. *illud*, 15. q. 1., Alex. consil. 129. vol. 4. y Jason en la l. 58. D. *de condict. indeb.* y en la l. 1. C. *de testam.*, col 2.

(154) Así pues, la ratihabicion hace nuestro un negocio, que antes era ageno, segun esta ley y la l. 6, § 9. D. *de negot. gest.*

(155) ¿Qué dirémos del ofrecimiento de la cosa debida? ¿Librará de la pena al deudor, si un amigo suyo la ofreció al acreedor, y este no quiso aceptarla? Tocan esta cuestion Alberic. y Bart. en la l. 39. D. *de negot. gest.* y se inclinan á la afirmativa, fundados en la l. 6. C. *de captiv.*, y en la 72. § 1. D. *de solut.*

que por el pago (156), tambien como si lo ouiesse pagado por su mandado.

LEY 33. *Como aquel que recabda las cosas agenas, non deue comprar nin fazer cosas, que non aya costumbrado el señor dellas.*

Acuciosamente (157), e a buena fe, el que se quiere trabajar de recabdar las cosas agenas, lo deue fazer; e mayormente, quando faze esto sin mandado de los dueños dellas; guardándose, de non comprar, nin de fazer otras cosas, que non ouiesse vsado (158) a comprar, nin a fazer, aquel cuyo es lo que recabda. Ca, si contra esto fiziesse, e de aquello (159) que comprasse, o fiziesse, viniesse algund daño, o menoscabo, quier viniesse por ocasion, o en otra manera qualquier, a el pertenesce todo, e non al señor de las cosas. Otro si dezimos, que si ganancia auiniesse, que deue ser del señor de las cosas; pero entonce las despensas (160), que ouiesse fecho en recabdarlas, deuelas cobrar.

LEY 34. *Como aquel que recabda las cosas agenas, que otri queria recabdar (que lo dejo de fazer por el), deue ser acucioso en aliñarlas (161).*

Queriendo recabdar algun ome todas las cosas de algun su amigo, por amor de amistad, o de parentesco que ouiesse con el; e auiendo voluntad desto bien e acuciosamente, viniesse otro que dixesse, yo quiero recabdar estas cosas (162); si este que las quiere recabdar primero, parte mano dellas, por tal razon como esta, tenudo es este postrimero, de las recabdar, en la manera que el otro lo queria fazer. De quisa, que por su culpa, nin por su engaño, nin por su negligencia, non se pierda, nin se menoscabe ninguna de aquellas

(156) Añád. l. 39. D. *de negot. gest.*, donde la glos. 1. sostiene, que esto procede, aunque se pague contra la voluntad del deudor; empero prueba lo contrario la l. 40. D. *mandat.*: entiéndase pues esta ley del caso en que se hace el pago, ignorándolo el deudor; y esta es la opinion mas general, si bien Guiliel. Andr. y Odofred. siguen la de la cit. glos., como lo indica Alberic. en d. l. 39.

(157) Es decir, con mucha diligencia y cuidado, Instit. §. 1. *de obligat. quæ ex quasi contract.*: en la l. 30 de este tít. se nos dice de qué género de culpa se le hace cargo.

(158) Hay culpa en el hecho de emprender un negocio no acostumbrado por el principal, segun esta ley y la l. 11. D. *de negot. gest.*, donde la Glos. nos da por ejemp. la compra de vasos de cristal: Ang. nos pone otro ejemp., á saber, la compra de vino para revenderlo, pues que fácilmente se deteriora; así como si se compraren caballos con el mismo objeto, atendido que con la mayor facilidad enferman, ó adquieren algun vicio, que hace que no puedan venderse sin quebranto.

(159) ¿Pero si un negocio produjo lucro, y otro dió pérdidas? Véase la cit. l. 11. y allí la Glos. y los DD.

(160) Hase tomado esto de lo que dice Azon en la Suma C. *de negot. gest.*, col. 5. vers. *idemque est.*

(161) Trae esta ley su orígen de la l. 6. §. 12. D. *de negot. gest.* y de la l. 2. C. d. tít.

(162) Es decir, que tomó á su cargo la administracion de todos los negocios, alejando al que queria hacer otro tanto. Empero, los DD. en la l. 6. §. 12. D. *de neg. gest.*, de la que esta se ha tomado, entienden el cit. §. del caso en que uno quiso encargarse de la administracion total, y vino otro que se encargó de una parte; pues que, si el *negotiorum gestor* se entrometió en la administracion de la totalidad de los bienes, se le hará cargo de lo que dejó de administrar, aunque no hubiese habido otro que manifestara querer cuidar todos los negocios del ausente, segun la l. 15. D. tít. cit.; esta es la opinion general de los DD. en la cit. l. 6. § 12. y en la l. 20. C. d. tít. donde puede verse Alex. Quiso tal vez esta l. de Part. aprobar la opinion de Joan. en d. l. 20., sostenida allí por Salic., á saber que el *negotiorum gestor* (aunque se entrometiera como administrador del todo) no es responsable de la parte que dejó sin administrar, á no ser que hubiese habido otro que se ofreciera á administrar por el total: pero, atendiendo que las leyes romanas vienen en apoyo de la opinion general, parece que no debemos separarnos de ella: y en cuanto á esta ley de Part., dirémos, que debe entenderse, así del *negotiorum gestor* que tomó á su cargo la totalidad de los negocios de alguno, como del que se encargó de parte de los mismos; porque á los dos les es aplicable la locucion general aquella *estas cosas*. En el supuesto que el *negotiorum gestor* se hubiese encargado de algunos negocios tan solo, segun Bart. y Paul. de Castr. en d. l. 6. §. 12, y á tenor de lo que se espresa en esta l. de Part. deberán concurrir las siguientes circunstancias: primera, que otro hubiese querido encargarse del todo, segunda, que este sugeto fuese de un carácter cuidadoso: tercera, que este mismo haya desistido de administrar, por haberse entrometido el primero; y por fin que el que administró parte, no ignorase que otro trataba de

cosas. E si contra esto fiziere, tenudo seria, de pechar quanto se perdiesse, o se menoscabasse, por qualquier destas tres maneras sobredichas.

LEY 35. *Como el que se mueue a criar algund huerfano, por piedad, e a recabdar sus bienes, non puede despues demandar las despensas que fiziere sobre esta razon.*

Piedad (163) mueue a las vegadas al ome, a rescebir algund huerfano desamparado en su casa, e darle por ende las cosas que le son menester, despendiendo de lo suyo en recabdarle sus cosas, mientra que lo tiene en su casa; e acaesce despues, que este quiere cobrar, lo que assi despendio, de los bienes del moço: e dizimos, que lo non puede fazer. Ca, pues el se mouio a criar el moço por razon de piedad (164), o de misericordia (165), entiendese que lo fizo por auer gualardon de Dios: e porende non es tenudo el moço de darle ninguna cosa, por el bien fecho que le fizo, nin por las despensas que fizo en recabdando sus cosas; como quier que el mozo en todo tiempo de su vida le deue facer honrra, e bien, e reuerencia, en todas las cosas que pudiere.

LEY 36. *Como deue cobrar las despensas la madre, o el auuela, que fiziessen en criar sus fijos, o sus nietos, o en aliñar sus cosas.*

Madre, o auuela, teniendo sus fijos (166), o sus nietos en su poder, despues de muerte de su padre (167) de los moços; e teniendo otrosi en

encargarse de la totalidad de la administracion: faltando cualquiera de estas circunstancias, procederá la aplicacion de la cit. l. 20. ¿Qué diremos si ha muerto aquél por consideracion al cual los negocios se administraban? Véase la l. 21. §. 2. D. *de negot. gest.*, y allí Bart.: allí mismo Alberic. quiere que, mientras vive aquél cuyos negocios se administran, el *negotiorum gestor* es responsable tambien del negocio que sobrevino despues de comenzada la administracion, aunque no pudiese preverse al principio: lo contrario sostiene Azon en la Suma C. d. tít., col. 5. vers. *veniunt autem*, allí cuando dice, *item gerenda si accesserit, quasi omnia gesturus, et tunc una est actio, vel quasi contractus pro omnibus negotiis, quæ imminebant tunc quando accessit ad gerendum: nova enim, vel supervenientia inchoare, necesse non est:* y esta opinion la creo mas fundada; y no obsta el §. 2. de la cit. l. 21, en el que se funda Alberic., porque con la palabra *nova* no entendió el jurisconsulto los negocios que sobrevinieren, y si los que aun no se habian principiado á evacuar, cuando comenzó la administracion. En el supuesto de morir el dueño de los bienes, el *negotiorum gestor* no deberá evacuar dichos negocios no principiados, lo que debiera hacer, viviendo aquél; de consiguiente, aun adoptando la opinion de Azon, tendrémos una diferencia entre el caso que viva, y aquél en que haya muerto dicho sujeto.

(163) *Pietas amica Deo, parentibus grata, dominum conciliat, necessitudines fovet, Dei cultura est, merces parentum, filiorum stipendium: pietas inquam, justorum tribunal, egenorum portus, miserorum suffragium etc.* S. Ambros. sobre el Psalm. 118. serm. 18. al fin.

(164) En caso de duda no se presumirá haber obrado por motivo de piedad, porque por punto general la donacion no se presume, l. 25. D. *de probat.*, Alberic. en la l. 14. §. 7. D. *de religios. et sumpt. funer.* y la Glos. en la l. 47. D. *de donat. inter vir. et uxor.* Deberá pues hacerse constar por conjeturas, ó de otra suerte, que fué inducido por algun motivo de piedad, Azon en la Suma C. *de negot. gest.* y d. l. 14. §. 7.: además conviene distinguir si el motivo de piedad recayó únicamente sobre el hecho de administrar, ó si además se estendió á condonar las cantidades que se invertian: lo segundo podrá resultar de la calidad de la persona, como si era madre, abuela, ú otra semejante, segun la ley sig., las ll. 44. y 27. al fin D. *de neg. gest.* y la l. 1. C. d. tít., y en las dos últimas puede verse el caso en que el administrador es un consanguíneo ó un amigo: debe tambien atenderse al modo como se hacen los gastos y al carácter de los mismos, dd. ll. 47. y 27.: por lo que mira al caso en que se suministran alimentos á personas estrañas, véase la l. últ. de este tít.: añádase á lo dicho una glos. notable en la l. 15. C. *de negot. gest.*

(165) Véase la l. últ. de este tít., y entiéndase á tenor de la l. 35, tít. 14. de esta Part.

(166) Sobre el hermano véase Decio concil. 21. y Bald. en la l. 34. D. *de negot. gest.*, el cual dice lo mismo del hermano y del tio, que de la madre y de la abuela.

(167) Si vive el padre, podrá reclamar de él los gastos de que se trata, d. l. 34. D. *de negot. gest.* y allí Bart., Paul. de Castr. y demás DD. ¿Qué dirémos, si muerto el padre, la obligacion de alimentar hubiese pasado al hermano mayor, como sucede en los mayorazgos, segun el cap. *licet* 6. *de voto*? ¿Entónces podrá la madre pedir á dicho hijo mayor lo invertido en alimentos del menor? Véanse Cino, Paul. de Castr. y Alex. en la l. 11. C. *de negot. gest.*; varian en este punto las opiniones, y tal vez la de Cino procederá en el mayorazgo nuevo, segun la l. 5, §. 17. D.

su poder los bienes dellos (168), e dandoles a comer, e a beuer, e a vestir, e a calzar, e las otras cosas (169) que le fuesen menester; e auiendo ellos tanto de lo suyo, que podrian bien guarescer, las despensas, que la madre, o el auuela fizieren en tales fijos, o nietos, bien las pueden cobrar de sus bienes dellos. Mas si non ouiessen los moços de lo suyo de que pudiessen guarescer; entonce la madre, o el auuela (170), deuen pensar dellos, mouiendose a facerlo naturalmente, e non por cobrar lo que en ellos despendieron. Pero si los moços fuessen tan ricos, que ouiessen bien de que beuir de lo suyo, e los bienes dellos non estouiessen en poder de la madre, nin del auuela; e teniendo ellas en su poder algunos dellos, les diessen todo lo que les fuesse menester, faziendo afruenta, que las despensas que fazian en ellos querian (171), que saliessen de sus bienes dellos; en tal manera, bien pueden cobrar lo que despendieron, e auerlo de los bienes de los moços. Mas si el afruenta non fiziessen, assi como es sobredicho, entonce non podrian cobrar las despensas, que fiziessen desta manera.

LEY 37. *Como se pueden cobrar, o non, las despensas, que el padrastro, o otro ome fiziere, en aliñar las cosas del entenado, o de otro estraño, teniendolo en su poder.*

Padrastro alguno teniendo su entenado en su casa, dandole comer, e beuer, e las otras cosas quel fuessen menester; faciendo afruentas (172), que las despensas que fazia en el, que las fazia con entencion de las cobrar; estonce deuelas cobrar de los bienes del moço, si los ouiere. Pero si el moço fuesse tan grande, que se siruiesse del (173); maguer que faga afruentas, assi como sobredicho es, non deue cobrar las despensas que fiziere en gouernallo. Ca guisada cosa es, que el seruicio del moço se descuente en las despensas, que son fechas en razon de su persona. Mas si fiziesse despensas algunas, en recabdando sus cosas (174), atales que fuessen a pro del; tales despensas bien las puede cobrar. E lo que diximos en esta ley del padrastro, entiendase tambien de todos los otros omes (175), que gouer-

de liber. agnosc., es decir, que la madre tendrá accion contra dicho hijo mayor; pero si el mayorazgo fuese antiguo, se seguirá la opinion de Joan. Andr., Bart. y Alex. en d. l.

(168) Lo mismo tendrémos, si es deudora del pupilo, presumiéndose entónces que suministró los alimentos con la intencion de compensarlos con la deuda, l. 41. §. 11. D. *de legat.* 3., porque la donacion no se presume, mientras cabe otra conjetura, Bald. en la l. 34. D. *de negot. gest.* y añád. Alex. concil. 100, vol. 2. ¿Y si los bienes fuesen inmuebles, tendrá el derecho de retencion por los alimentos? Alberic. en d. l. 11. así lo afirma, y que tendrá lugar además la accion, arg. l. 33. D. *de donat. inter vir. et uxor.*, y lo mismo dice en el supuesto de ser la madre tutora del hijo. ¿Qué dirémos si, para alimentar al pupilo, tomó prestado vino ó trigo, no teniéndolo de sus bienes, ni de los del pupilo? Alberic. en d. l. 34. dice, que entónces no se presumirá haber obrado con motivo de piedad.

(169) Entiéndase de lo que concierne á los alimentos. ¿Y si fuera de esto invierte algo en provecho de sus hijos ó nietos? Véase la Glos. en la l. 1. C. *de negot. gest.*, y allí los DD. y en la l. 11. C. d. tít.

(170) Añád. l. 4. tít. 19. Part. 4.—*En este caso, no solo se negará á la madre ó abuela la accion para pedir lo que hubiese gastado cualquiera de ellas, si que además, podrá precisárseles á la prestacion de alimentos, d. l. 4.

(171) Lo mismo tendrémos, si consta de otra suerte que por medio de protesta, segun los DD. en d. l. 34. D. *de negot. gest.*

(172) Lo mismo dirémos si consta de otra manera, l. 15. C. *de negot. gest.*, de donde esta ley se ha tomado, y allí Bart. y otros. Adviértase que en caso de duda se presumirá segun esta ley, que el padrastro quiso alimentar al antenado por mero afecto paterno; opinion que fué de algunos DD., segun la Glos. en d. l. 15.: empero la Glos. y los DD. allí sostienen la contraria, es, decir, que al antenado le corresponde probar que su padrastro le alimentó por mero afecto paterno; téngase pues presente esta ley, y adviértase que si los gastos son de cuantía, y el padrastro no es muy rico, podrá demandar al antenado lo que invirtió en su provecho, aunque no mediase protesta, segun Paul. de Castr. en d. l. 15.

(173) Lo mismo dice la Glos. en d. l. 15. pero no de un modo tan claro y terminante como esta ley, la que espresa proceder esto, á pesar de protesta.

(174) Añád. d. l. 11. C. *de negot. gest.*, y lo que dije en la l. ant.

(175) Muy generales son estas palabras: tomándose literalmente la disposicion parece absurda, porque en el padrastro concurren la piedad y el afecto paterno, el cual no debe suponerse en el estraño que suministra alimentos: suelen los padrastros querer á los antenados por consideracion á la madre, lo que no tiene lugar en una persona estraña: luego deberémos limi-

naren, o que pensaren de los moços estraños, e que recabdaren sus cosas.

TITULO XIII.

DE LOS PEÑOS QUE TOMAN LOS OMES MUCHAS VEGADAS, POR SER MAS SEGUROS, QUE LES SEA MAS GUARDADO, O PAGADO, LO QUE LES PROMETEN DE FAZER, O DE DAR.

Peños toman los omes muchas vegadas, por ser mas seguros, que les sea mas guardado, o pagado, lo que les prometen de dar, o de fazer. Onde, pues que en el Titulo ante deste fablamos de las fiaduras, que son fechas en esta razon, queremos aqui dezir de los peños. E mostrar, que cosa es peño. E quantas maneras son del. E que cosas pueden ser dadas en peños. E en que manera. E quien las puede empeñar. E quales pleytos pueden ser puestos en esta razon de los peños. E quales non. E que derecho gana ome en las cosas que rescibe en peños. E quando las deue tornar a aquel cuyas fueren. E por que razones se desata la obligacion del peño. E otrosi diremos, como e quando pueden ser vendidas, o enagenadas.

LEY 1. *Que cosa es peño, e quantas maneras son del.*

Peño es propriamente (1), aquella cosa que vn ome empeña a otro, apoderandole della (2), e mayormente quando es mueble. Mas segund el largo entendimiento de la ley, toda cosa, quier sea mueble, o rayz, que sea empeñada a otri, puede ser dicha peño; maguer non fuesse entregado della, aquel a quien la empeñassen. E son tres maneras de peños. La primera es, la que fazen los omes entre si de su voluntad, empeñando de sus bienes, vnos a otros, por razon de alguna cosa que deuan dar, o facer. La segunda es, quando los Judgadores mandan entregar (3) a alguna de las partes en los bienes de su contendor, por mengua de respuesta, o por razon de rebeldia, o por juizio (4) que es dado entre ellos o por cumplir mandamiento del Rey. Ca tales peños, o prendas como estas, se fazen como por premia. E estas dos maneras de peños sobredichos se fazen por palabra. La tercera manera es de peños, la que se faze calladamente, maguer non es y dicha ninguna cosa: assi como se muestra adelante, de los bienes del marido, como son obligados a la muger como por peños, por razon de la dote; e de los otros que son obligados al Rey, por razon de rentas, e de los derechos que cogen por el; e de todas las otras razones semejante destas, que fablan las leyes deste Titulo.

tar esta ley al caso en que en el estraño concurriese una afeccion parecida, como si era amigo del padre ó del pupilo, segun la l. 44. D. *de negot. gest.*, y lo que dije en la l. 35. de este tít., y esta parece ser la opinion de Azon en la Suma C. *de negot. gest.*, col. penúlt. vers. *cessat autem hæc actio,* allí *item si paterna affectione,* y mas abajo *item si quivis extraneus.* Alberic. en d. l. 34. D. *de negot. gest.* refiere, que Guillielm. decia, que si uno alimenta á un estraño fuera de su casa, parece hacerlo por motivo de piedad; empero si en su casa misma, ó se servia del alimentado, dice haber lugar á compensacion, y alega la l. 18. § 2. D. *commodat.;* al paso que si no se servia del alimentado, deberá atenderse á si solia hacerlo sin retribucion; alega la l. 12. D. *de pig. act.* y las concordantes. Yo opino que este punto debe dejarse al arbitrio del juez, quien decidirá á tenor de las conjeturas; y en caso de duda, obsérvese lo que llevo dicho en la l. 35.

(1) Añád. l. 9. §. 2. D. *de pignorat. act.* y allí Bart., por la cual arguye que los estatutos que hablan de la prenda, no procederán en la hipotéca; y allí mismo Alex. en las adiciones dice, que Paul. de Castr. sostiene allí lo contrario, cuyo dicho de Paul. no lo encuentro en la edicion que poseo: esta ley parece aprobar la opinion de Paul. cuando dice *e mayormente etc* Bald. en d. l. 9. §. 2. hace de paso la misma ilacion que Bart. Parece que si la ley es odiosa, no comprenderá la simple hipotéca, arg. cap. *in nostra 8. de injur.* y cap. *cum dilectus 32, de consuetud.;* así se espresa Abb. en el cap. *cum de aliquibus, de re judic.*

(2) Algunas veces el acreedor no adquiere la posesion de la prenda, y si solo la detencion; á saber, cuando así se convino entre las partes, Glos. y allí Bald. en la l. 6. C. *quod cum eo:* v. l. 15. §. 2. D. *qui satisd. cog.* y l. 7. §. 2. C. *de præscrip. 30. vel 40. annor.* — * Mientras vive el deudor se reputa que el acreedor posee la prenda en nombre del mismo: y luego de su muerte, empieza para el acreedor la prescripcion de treinta años, si sigue poseyendo la cosa hipotecada, l. 7. cit.

(3) Esta prenda pretoria se constituye únicamente cuando á alguno se le da la posesion de la cosa por el magistrado, l. 26. D. *de pignorat. act.;* empero esceptúese el caso de la l. 13. D. *de bonis auct. jud. possid.* y del cap. *contingit 9, de dolo et contum.*

(4) Esta prenda se llama judicial, Glos. en la l. 2. C. *qui potior. in pig. habeant.* y Bart. en la l. *si et jure* C. d. tít. — * Sobre la diferencia entre

LEY 2. *Que cosas pueden ser dadas en peños.*

Empeñar (5) se puede toda cosa, quier sea nascida, o por nascer, assi como el parto de la sierua, e el fruto de los ganados, e de los arboles, e de las heredades, e todas las otras rentas que los omes han, de qualquier natura (6) que sean, tambien las que son corporales, como las que non lo son. Pero, qualquier que esquilme, o desfrute (7) destas cosas sobredichas, el que las touiere a peños, tenudo es de lo descontar

el modo de constituirse esta hipoteca y la convencional, véase la l. 13. de este tít.

(5) Hase tomado esto de lo que dice Azon en la Suma C. *de pignorat.* act. vers. *obligari.*

(6) De estas palabras y de las siguientes se colige, que la jurisdiccion, el derecho de patronato, el de portazgo y cualesquiera otros incorporales pueden darse en prenda é hipotecarse. Empero Bart. en la l. 11. §. últ. D. *de pignor. et hipot.*, de la cual se ha tomado esta de Part., dice, que hay ciertos derechos personales, como el de la jurisdiccion sobre el vasallo y el del patrono sobre el liberto, los que no pueden hipotecarse fuera de necesidad estrema, segun la l. 1. C. *de oper. libert.* y otras por él citadas; de otra parte hay algunos derechos en la cosa *(jura in re)* como el de patronato de iglesia, el de portazgo y otros semejantes, los que solo son susceptibles de hipoteca, cuando de ellos resulta algun provecho pecuniario, cap. *cum Bertoldus 18, de re judic.* y d. l. 11. §. últ., junto con otras varias leyes. De lo que se sigue, que si el patrono percibiese alguna pension en virtud del patronato, pasará esta al acreedor, al cual se ha dado en prenda semejante derecho, segun Abb. en d. cap. col. pen. al fin. Lo que dice Bart. de la jurisdiccion, parece no tendrá lugar, atendidas las palabras generales de esta ley, y porque hoy dia la costumbre autoriza la venta de las jurisdicciones, de la misma manera que la del ganado y de todas las cosas hereditarias, segun Bald. *de feudo Marchio*, col. 1. y en el §. *ex eadem*, *de Lege Conradi*, y hace al caso la l. 24. §. últ. D. *de pignor. act.*, apoyado en la cual Romano, fol. 15. col. 4. dice, que el acreedor puede ejercer la jurisdiccion en el señorío que se le ha dado en prenda. Lo que hemos dicho del derecho de patronato de iglesia, procede tambien en el caso que una universalidad de bienes se dé en prenda, es decir, que entónces no vendrá comprendido, segun la Glos. y allí Abb. y Felin. en d. cap. *cum Bertoldus*, y Roch. en su tratado *juris patronatus* cuest. 27. si bien sostiene lo contrario Bald. en d. l. 11. §. últ. Y á esta ley de Part., que parece obstar, cuando dice, *de cualquier natura*, puede contestarse, que debe entenderse bajo el supuesto que los frutos percibidos por el acreedor sean de tal naturaleza, que puedan restituirse al deudor, ó compensarse con la deuda; lo que no cabe respecto del fruto que consiste en la presentacion del beneficio vacante, como se advierte en d. cap, *Bertoldus* y por la Glos., y viene en apoyo de esa interpretacion lo que luego añade nuestra ley: *Pero qualquier que esquilme ó desfrute*, etc. ¿Qué dirémos de las servidumbres rústicas ó urbanas? Véanse d. l. 11. §. últ. y l. 12. D. *de pignor.* y Francisc. Ripa en la l. 6. d. tít., quien emite la opinion nueva á saber que ni las rústicas ni las urbanas podrán hipotecarse ni darse en prenda en abstracto; y de la cit. l. 12. dice, que habla de la utilidad de las servidumbres, mas no de la prenda ó hipoteca de la misma servidumbre; para cuya opinion hace al caso lo que dice Bart. en d. l. 11. §. 2. sobre el usufructo dado en prenda. ¿La cosa enfitéutica vendrá comprendida en la hipoteca general? Véanse los DD. en la l. últ. C. *de jur. emphit.* Si se da en prenda la cosa comun, ¿quedará ella obligada por la parte que correspondia en la misma al comunero? y hecha la division, ¿el derecho de hipoteca se concretará á la porcion determinada, que ha tocado al socio que constituyó dicha hipoteca, ó bien seguirá respecto de la parte *pro indiviso*? V. l. 3. §. últ. D. *qui potior. in pig.* y Bart. en la l. 2. D. *de servit.* —*Segun la cit. l. 3. y la l. 7. §. últ. D. *quib. mod. pig. vel hipot. solv.*, la hipoteca constituida por un condueño sobre su parte indivisa, sigue de la misma manera, aunque la division se haya efectuado; es decir que si eran dos que poseian una cosa por mitad, podrá el acreedor reconvenir por la mitad á cualquier poseedor de la menor parte de la cosa hipotecada, aunque dicho poseedor derive su derecho del que no obligó su parte. Un acto posterior, cual la division, no podia perjudicar á la indivisibilidad de la hipoteca; pero en contra tenemos que el acto derivaba de un derecho anterior á la hipoteca misma.

(7) Habla esta ley de los frutos percibidos, de consiguiente parece que no se le hará cargo de los que pudo percibir. Empero, por derecho comun está prevenido que dé tambien cuenta de los últimos, l. 2. C. *de pignor. act.* y l. 2. C. *de part. pig.*: puede dudarse si esta ley quiso aprobar la opinion del Hostiense en la suma tít. *de pignoribus*, §. *quando efficaciter*, donde dice, que el acreedor es responsable de los frutos percibidos, pues que tan solo al poseedor de mala fe se hace cargo de los que pudieron percibirse, segun lo anotado en el cap. *gravis* 11, *de restitutione spoliati*, y porque de lo contrario, deberia á toda costa cultivar el predio, al paso que el deudor no consentiria en indemnizarle, si hu-

(8), de aquello que dio sobre aquella cosa empeñada; o de lo dar al señor de la cosa. Otrosi dezimos, que todas las debdas que deuan a vn ome, que las puede empeñar a otro, con todos los derechos que han en ellas. E aquel que las rescibe en peños, puedelas demandar (9) en juyzio, e fuera de juyzio; bien assi como faria aquel a quien las deuen, que gelas empeño.

LEY 3. *Quales cosas non deuen, nin pueden ser dadas en peños.*

Santas (10) cosas, e sagradas, e religiosas, assi como las Eglesias, e los monumentos, e las otras cosas semejantes, non las pueden los omes rescebir a peños, nin se pueden obligar. Fueras ende por cosas señaladas, segun dice el Titulo (11) que fabla de las cosas de Santa Eglesia, en la primera Partida deste nuestro libro. Otrosi dezimos, que vn ome libre (12) non se puede

biese perdido un par de bueyes, ó hubiese esperimentado otro contratiempo parecido; luego no debe exigirse del acreedor, que cultive el predio que recibió en prenda, y restituya los frutos al deudor, arg. l. pen. C. *de solut.*: empero, esceptúese el caso en que hubiese mala fe; y se presumirá que la tuvo el acreedor, si cultivaba sus propiedades y descuidó la del deudor, ó no la dió en arriendo, cuando se le proporcionaba colono, habiendo acostumbrado el dueño á arrendar el predio, arg. l. 3. C. *de distract. pignor.*; y lo mismo tendrémos, aunque faltase la última circunstancia, si el arrendatario ofrecia caucion. Empero, Abb., Anton., Cardin. y Juan de Imol. y en general los DD. en el cap. *cum contra, de pignoribus*, simplemente establecen, apoyados en los testos citados, que el acreedor es responsable de los frutos que pudo percibir, y lo mismo quiso la Glos. en dicho cap. *cum contra.* Sin embargo, atendidas las palabras de esta ley de Part., me inclino á la opinion del Hostiense; y á la l. 2. C. *de pignorat. act.*, contesto que, lo que ella dispone, es que al acreedor se le haga cargo de los frutos que percibió y de los que debió percibir; lo que corrobora la opinion del Hostiense, atendido que, segun él, si hubo fraude, ó no se dió el predio en arriendo, ofreciéndose arrendatario, responderá al acreedor de los frutos que pudo percibir; y en efecto es entónces que debió percibir, y no en otro caso: à la l. 2. C. *de part. pignor.*, donde se dice que el acreedor responderá de los frutos que pudo percibir, contesto que la ley habla del mutuo con intereses, en cuyo caso no es estraño que el acreedor contraiga mayor responsabilidad por razon de los intereses que percibe: de la simple deuda se trata, no en d. l., pero sí en la cit. l. 2. C. *de pignorat. act.* Reflexiónese sobre esas nuevas interpretaciones, las que no se hallan indicadas por los DD.

(8) Añád. l. 1. C. *de distract. pignor.*, ll. 1. 2. y últ. C. *de pignorat. act.*, cap. 1. y 2. *de usuris*, l. 2. C. *de part. pignor.* y el cap. *cum contra* 6, *de pignoribus.* Colígese de aquí que el acreedor puede consumir y vender los frutos que produzca la cosa que recibió en prenda, con tal que compense su valor con la deuda; y lo nota tambien Alberic. en d. l. 1. C. *de pignorat. act.*: los frutos se colocan en la clase de aquellas cosas, que no pueden conservarse, á lo menos por mucho tiempo, Glos. en la l. 1. C. *si adversus usucap.*; así pues no es estraño que el acreedor pueda venderlos, segun Juan de Imol. en d. cap. *cum contra* y véase Bart. en la l. 7. §. 5. D. *solut. matrim.*. Ahora, si los frutos fueren de tal naturaleza, que pudiesen conservarse, como el trigo, aceite y otros semejantes; entónces el acreedor no podrá ni deberá enagenarlos, sino que, una vez satisfecha la deuda los restituirá en especie al deudor, arg. l. 5. §. 21. D. *ut in posess. legat.*, y así opina Pedro de Anchar., al cual sigue Joan. de Ana., recomendando esta decision en el cap. 1. *de usuris* col. 2. ¿Y si la cosa dada en prenda fuese una casa, y el deudor ha vivido en ella? Véase la l. 21. de este tít., lo que nota Abb., siguiendo al Specul. en d. cap. *cum contra* col. últ., Alex. consil. 141., vol. 5. duda 2. y Paul de Castr. en d. l. 1. al fin C. *de pignorat. act.* Por lo que mira á la compensacion de los frutos con la deuda, esceptúese el caso del cap. 1. *de pignor.*, del cap. 1. *de usur.* y del cap. *salubriter* 16, *de pignor.*

(9) Añád. l. 4. princ. D. *de pignorat. act.*

(10) Trae su orígen de lo anotado por Azon en la Suma C. *quæ res pignor. oblig. poss.* ¿Qué dirémos de los diezmos? El Specul. tít. *de pignor.* §. 1. decide, que el derecho de percibir el diezmo, no puede hipotecarse, por ser cosa espiritual, y cuya posesion no cabe en un lego; ahora, los frutos que el diezmo produce, pueden hipotecarse y venderse, cap. *vestra* 2, *de locat.*, y arg. l. 66. D. *de jure dot.* Parece inclinarse el mismo Specul. á que el indicado derecho de percibir el diezmo podrá darse en hipoteca por una iglesia á otra iglesia; y lo prueba el que es enagenable y prescriptible dentro de la esfera de las comunidades y personas eclesiásticas, cap. *ex multiplici* 3, *de decimis*, y cap. *ad aures* 6, *de præscript.*; en efecto, procede en esta parte el arg. de la venta á la hipoteca, segun la l. 9, §. 1. D. *de pignor.*

(11) Esto es, todo el título 14; véanse además la l. 22. tít. 11. de la misma Part., y el cap. 1. *de pignor.*

(12) Añád. cap. 2. *de pignor.*

(13) Añád. Novel. 134, cap. 7, de la cual se ha sacado la auth. *imo* C. *de act. et obligat.* Por lo que

empeñar. Ante dezimos, que qualquier que lo recibiesse en peños, que deue perder (13) todo lo que diesse sobre el. E deue pechar mas otro tanto de lo suyo a el, e a sus parientes, si por auentura el non fuesse biuo. Pero dos casos son, en que podria ome libre ser rescebido en peños, e fincaria obligado. El primero es, si alguno yoguiese catiuo, e el mismo se empeñasse (14) a otro, por quitarse de catiuo. E el segundo es, si alguno empeñasse su fijo (15) por cuyta de fambre. Otrosi dezimos, que ome libre puede ser dado en rehenes, por razon de paz (16) que firmassen algunos entre si, o por treuga, o por otra segurança (17), o por otra cosa semejante destas. E maguer el pleyto sobre que fuesse alguno empeñado en esta manera, non fuesse guardado, con todo esso, non deuen a el matar, nin ferir, nin darle pena ninguna, nin fazerle mal ninguno (18). Mas puedenle guardar, quanto tiempo touieren por guisado, o fasta que el (a) tiempo se cumpla, assi como fue puesto.

LEY 4. *Como las cosas que son puestas señaladamente para labrar las heredades, non deuen ser dadas en peños.*

Bueyes, nin vacas, nin otras bestias de arada,

(a) pleyto se cumpla Acad.

mira á si hoy dia el hombre libre podrá ser puesto á disposicion del deudor, y de que manera esto se verifique, véase la l. 2. tít. 8. lib. 3. y la l. 5. tít. 2. lib. 4. del Fuero Real y las ll. 5. y 6. tít. penúlt. lib. 5. del Ordenam. Real, junto con el volúmen de las Pragmáticas fol. 65. y 66. de la edicion que poseo.—*Véase la l. 3. tít. 15. de esta Part. junto con lo anotado en ella.

(14) Parece que por esta ley se corrigen las ll. 17. y últ. C. *de postlimin.* y las ll. pen. tít. 29. y 3. tít. 30. Part. 2.; en efecto, hablan ellas del caso en que se redime un cautivo sin el pacto de quedar en prenda por el precio; y la que se comenta, supone semejante pacto: sin embargo, parece que en entrambos supuestos militará igual razon, toda vez que no hay diferencia entre la prenda legal y la convencional. Salicet. en la l. 2. C. *de captiv.* enumera siete casos, en que desaparece ese derecho de prenda, y quizá en uno de ellos podria haber diferencia entre la convencional y la legal; es decir, que, el que alcanzó la redencio, no quedaria libre, sirviendo por cinco años, si el valor de los servicios no equivalia al precio de la misma, en el supuesto que hubiese pactado espresamente que quedaria en prenda por dicho precio, y que hubiera renunciado á d. l. últ. C. y á la cit. l. pen. tít. 29. Part. 2ª., y este beneficio es renunciable á tenor de la l. 29. C. *de pact.*

(15) V. ll. 8 y 9. tít. 17. Part. 4.

(16) Añád. cap. *ut pridem*, 23. q. 8., la Glos. en el cap. *ex rescripto*, *de jure jurand*, l. 31. D. *de jur. fisc.* y l. 11. D. *qui testam. facere poss.* junto con la Glos.

(17) Añád. cap. *exposita* 11. *de arbitr.* y allí la Glos., cuya opinion aprueba esta ley, y es la de algunos DD. que cita Bald. en la l. 2. C. *de patr. qui fil. distrah.* col. últ.; y reprueba lo que allí dice la Glos., que esto no es mas que un abuso; lo mismo opinan Azon en la Suma C. d. tít., Abb. en el cap. *ex rescripto*, *de jurejurand.* y Juan de Imol. en la l. 2. D. *de testam.* Así pues por derecho de Part. podrá darse en rehenes un hombre libre, para seguridad de una deuda y en general para el cumplimiento de cualquier contrato: y esto no es cosa nueva, pues que leemos en el Génesis cap. 42. que José retuvo en rehenes á Simeon, á pesar de ser hombre libre, hasta que se asegurase de la fe prometida. Sobre esta especie de rehenes, véase el cit. cap. *ex rescripto*, donde Abb. dice, que se dirá quedar en rehenes aquel que jura permanecer en cierto lugar, hasta que se haya cumplimentado lo que se prometió. Acerca del caso que el que se dió en rehenes es un pariente, pero pobre, véanse Bald. y Alex. en la l. 1. D. *ut it jus vocat. eant.* Sobre la validez de dicha promesa de permanecer en cierto lugar, á pesar de ser restrictiva de la libertad, véase el Specul. tít. *de renunciat. et conclus.* vers. *item est beneficium.* Véanse tambien Inocen. y los DD. en d. cap. *ex rescript.*, quienes parece se inclinan, á que únicamente podrán darse rehenes por algun motivo de interés público: empero, no distinguiéndose en esta ley de Part., serán tambien admisibles en los negocios de utilidad particular; y en apoyo de esto vienen las Pragmat. que permiten, que el acreedor reciba en prenda la persona del deudor. De lo anotado por los DD. en los lugares citados, puede deducirse, si es ó no permitido dar en rehenes al que no consiente. Cuando el rey entregare de esta suerte alguno de sus súbditos, parece que deberá obedecer, segun la l. 16. tít. 13. Part. 2. y Bald. en d. l. 2. al fin.—*En nuestros tiempos el rey no tiene semejante facultad; á mas de que á proporcion que se han ido fijando los principios del derecho de gentes, han caido en desuso los rehenes, como medios de asegurar el cumplimiento de los tratados: y á lo mas se ha entregado bajo semejante título alguna plaza fuerte. Acerca de si el deudor puede constituirse en rehenes por la deuda, véase lo anotado en la l. 3. tít. 15. de esta Part.

(18) Ni podrá ser sujetado á trabajo alguno, como lo nota Juan de Imol. en d. cap. *ex rescripto*, donde aprueba la opinion de los que

nin los arados, nin las ferramientas, nin las otras cosas que son menester para labrar las heredades, nin los sieruos que son puestos en ellas señalladamente para labrarlas, defendemos, que ningund non lo tome a peños (19); nin otrosi, ningund Judgador nin otro ome, non sea osado de las prendar, nin de fazer entrega dellas (20). E qualquier que lo fiziesse, seria tenudo de pechar al señor dellas todo el daño, e el menescabo, que le viniesse por esta razon.

LEY 5 *Que cosas son aquellas que non son obligadas, maguer el señor dellas obligue todos sus bienes a peños.*

A peños obligando (21) alguno todos sus bienes; cosas y á señaladas que non serian por ende obligadas. E son estas: barragana, que tenga manifiestamente en su casa (*b*), e los fijos que ouiere della, e los criados, e sieruo o sierua, que touiere señaladamente para seruirle, e guardarle, e criarle sus fijos; e las otras cosas de su casa, que ha menester cada dia para seruicio de su cuerpo, o de su compaña, assi como (*c*) su

(b) quier sea sierva quien libre Acad.

(c) los paños, et Acad.

piensan que el sugeto que se ha dado en rehenes, debe alimentarse á sus costas; añád. Bald. en d. l. 2. C. *de patr. qui filios distrah.*, col. últ.

(19) Repruébase aquí la Glós. á la l. pen. C. *quæ res pignor. oblig. poss.*, la que limitaba el testo á las hipotecas pretoria y judicial, y de acuerdo con ella opinaban allí Bald. y Ang.: apruébase la opinion de Pedro, Cyno, Odófr., Alberic., Bart. y Salicet. quienes, tambien en el caso de ser la hipoteca convencional, consideraban escluidas las cosas de que se trata, y asi mismo sentia Azon en la Suma C. d. tít. —*La l. 12. tít. 31. lib. 11. Nov. Rec. establece que «no sean tomados ni prendados ni embargados por ninguna ni alguna manera bueyes ni bestias de arar, ni los aparejos que son para arar, labrar y coger pan y los otros frutos de la tierra; salvo por los nuestros pechos y derechos y de los otros señores, ó por deudas que deba el labrador al señor de la heredad, no se hallando otros bienes muebles ni raices..... Tenemos por bien, añade al fin, que carta desaforada, ó otra qualquier que sea hecha y otorgada hasta aquí, ó fuere de aquí adelante, ó pleyto ó postura ó renunciacion que sea hecha contra esto, que no vala; y si la jura fuere hecha en contrario contra esto, que el señor del deudo pierda la deuda por esto.» La l. siguiente dispone que en todo caso se le deje un par de bueyes al labrador, y hace estensiva la l. anterior á los caballos y armas de los caballeros é hidalgos. En la l. 15 se lee: «Mandamos, que los labradores, que por sus personas ó por sus criados y familia labraren, no puedan ser ejecutados por deuda debida por carta, contrato ó en otra qualquier manera, en sus bueyes, mulas ni otras bestias de arar, ni en los aperos ni aparejos que tuvieren para labrar, ni en sus sembrados ni barbechos, en ningun tiempo del año, aunque no tengan otros bienes; salvo por los pechos y derechos á Nos debidos, ó por las rentas de las tierras del señor de la heredad, ó por lo que el tal señor les hobiere prestado y socorrido para la dicha labor, y en estos tres casos, quando no tuvieren otros bienes de que puedan ser pagadas las dichas deudas: y que en un par de bueyes, mulas ó otras bestias de arar no puedan ser executados en los dichos tres casos, ni por otro alguno.» Véase tambien la l. 16. Lo establecido acerca los aperos y aparejos de labranza se estendió á los instrumentos y demás útiles de las artes, oficios y fábricas, ll. 18 y 19. del cit. tít. Ahora bien, no pudiéndo embargarse las cosas indicadas, ni trabarse egecucion en ellas, y de otra parte siendo nula la renuncia de este privilegio; es evidente que no pueden ser objeto de hipoteca.

(20) Añád. l. 3. tít. 27. Part. 3. y l. 7. tít. 12 lib. 5. del Ordenam. Real, la que puede verse por ser muy notable en esta materia; véase tambien la auth. *agricultores* C. *quæ res pignor. oblig. poss.*, sacada de las Constituciones de Federico *de statut. et consuet. contra libert. eccles.* cap. últ. y véanse tambien las leyes de la hermandad fol. 5. vers. *otrosi mandamos, que los bueyes y mulas*. Esceptúese el caso, en que se hipotecasen juntamente con el predio, segun Alberic. siguiendo á Pedro en la l. 7. C. *quæ res pignor. oblig. poss.*, donde sienta, que ni aun cuando falten los demás bienes, podrá trabarse ejecucion sobre las cosas de que se trata, si no se traba en el predio: sobre ese punto véase lo dispuesto en d. l. 7. del Ordenam. Real. El motivo de las cit. ll. es el interes del cultivo: las tierras se convierten en eriales, cuando falta quien las cultive, Genes. cap. 47. vers. 19. y lo que dice el Deuter. cap. 24, vers. 6. *non accipies loco pignoris inferiorem, et superiorem molam: quia animam suam opposuit tibi*: los bueyes y demás necesario para la labranza, son los piés y las manos de los labradores, como ellos dicen. — * Véase la adicion á la glos. anterior.

(21) Tanto si la hipoteca, es convencional, como si fuere legal, y aunque se dirija á asegurar el pago de la dote, segun Alberic. en la l. únic. C. *de rei uxor. act.* col. 2.

lecho del, e de su muger, e la ropa (22), e las otras cosas todas de su cozina, que ha menester para seruicio de su comer, e las armas (23), e el cauallo de su cuerpo. E todas las otras cosas (24) que ouiere estonce, e aun las que atiende auer (25) despues, fincan obligadas por razon

(22) Así los vestidos de verano como los de invierno, de los cuales se habla en la l. 1. C. *de re milit.*

(23) Nótese esto, porque no se hace mencion de las armas en la l. 6. D. *de pignor.*, de la cual esta se ha tomado; si bien puede deducirse de d. l. y de las sig.: añád. l. 3. tít. 27, Part. 3. Acerca de los libros véase Ang. en el §. 7. Instit. *de act.* col. 2. donde dice, aunque no sin vacilar, que los libros cuya falta puede causar grave perjuicio al estudiante, no vienen comprendidos en la hipoteca general.

(24) Ya se entiende que no vienen comprendidas aquellas cuya enagenacion es prohibida; tanto si se ha celebrado enagenacion universal, como si se otorgó hipoteca general, quedan escluidas, cap. *in generali, si de feud. defunct. content. sit int. domin. et agnat.*, Bart. en la l. *codicillis* §. *instituto* D. *de legat.* 2., el Specul. tít. *de pignor.* §. 1. Bald. en la l. 1. C. *quæ res pig. oblig. poss.*, en la l. 4. C. *de fideicom.* y en el cap. *imperialem, de prohib. feud. alienat. per Frederic.* y Ang. en la Novel. 39. princ. ¿Vendrán comprendidas en dicha hipoteca las cosas puestas ya en venta? Véase Bald. en la l. 29. C. *de jur. dot.* col. 4 y 5. y en la l. 34. D. *de pignor.*, donde dice que se entienden obligadas, si bien que podrán algunas enagenarse, á pesar de la hipoteca, cuando con ello no se hace mas que ejercer un acto de comercio: empero las que de nuevo se adquieran, quedarán subrogadas en lugar de las vendidas; porque al constituir hipoteca general sobre sus bienes el comerciante, parece que quiso obligar todas las mercancías; y segun él constituyen las mercancías una especie de universalidad en la que la cosa que se compra queda subrogada en lugar de la vendida: véase tambien Bart. en la l. 32. §. 2. D. *de usufruct. legat.*

(25) Añád. l. 1. princ. D. *de pignor.* l. últ. C. *quæ res pig. oblig. poss.*, l. 16. § últ. D. *de pignor. act.* y l. 31. D. *de pignor.*, donde Bald. comprende tambien los bienes enfitéuticos, aunque el enfiteusis sea eclesiástico; véase tambien Ripa en la l. 1. D. tít. cit. col. 3. Esto puede conducir á resolver si en el supuesto de fundarse un mayorazgo, deberán tambien entenderse amayorazgados los bienes futuros; para decidir este punto véase lo que nota Bart. en la l. 7. D. *de auro et arg. legat.* Por lo que mira á si se entenderán comprendidas las cosas cuyo dominio pertenece á título singular al que otorga hipoteca general, véase Bald. en la l. 6. § 1. C. *de secund. nupt.* col. últ. Acerca de si vendrán comprendidos los créditos, véase al mismo Bald. en la l. 3. C. *de hæred. act.* El dominio útil tampoco queda escluido, Glos. y Bald. en la Novel. 39. y el mismo Bald. en la l. 30. C. *de jur. dot.* Nótese que los bienes futuros, no solamente vienen comprendidos en la hipoteca general espresa, sí que tambien en la tácita, l. 8. § últ. y allí Bald. y l. 6. § 2. C. *de secund. nupt.* y la Glos. en d. l. últ. Tendrá tambien lugar lo aquí se dispone, aun cuando el deudor, al obligar sus bienes, hubiese dicho que los poseeria en nombre del acreedor; si bien se inclina á lo contrario Bart. en d. l. últ., movido por la Glos. en la l. 32. § 1. D. *de adquir. possess.*: lo mismo opinan Jacob. Butric. y Salicet. en d. l. últ., y segun este el constituto se estenderá á los frutos, cuando el deudor hubiese empezado á poseerlos, y así cesa el fundamento de Bart.: lo mismo sienta Alex., citando á varios, en la l. 3. § 2. D. *de acquir. possess.* Empero, la hipoteca general no se estenderá á los bienes que se adquiriesen por el heredero del deudor, l. 29. princ. D. *de pignor.*, lo que tiene lugar segun Ang. en d. l., aunque provengan de los bienes del difunto: empero deberá esceptuarse el caso en que los frutos son naturales, y provienen de una heredad hipotecada por el difunto, segun d. l. 29. § 1. y la l. 3. C. *in quib. caus. pig. vel hipot. tacit.*, y la l. 16. de este tít. de Part., y así opina Ang., lug. cit. Es tambien escepcion de esta ley y otras semejantes el caso singular de la l. últ. C. *de remiss. pignor.* Esceptúase además el caso en que uno obliga los bienes que tiene, y los que espera adquirir; entiéndase entónces referirse á la esperanza cuyo motivo existia ya, y no á lo que se origina de una causa que nace despues, segun Bald. en la l. últ. C. *de pact.* col. 2., alegando lo anotado por Bart. en la l. 122. § 6. D. *de verbor. oblig.* cuest. 6. Empero dudo de esta decision, y mas bien me inclinara á lo contrario, atendida la generalidad de las palabras de esta ley y otras semejantes; á mas de que se trata de un leve perjuicio, á diferencia del caso que trata Bald. en d. l. 122. § 6., á saber, de la pérdida del derecho de fideicomiso, lo que es de mucha cuenta: por fin Bald. nada alega en apoyo de su decision, y de otra parte parece que la destruyen aquellas palabras de esta ley de Part., *e las que atiende auer*: si se dijere que ellas deben tomarse segun la distincion de Bald., dirémos que esta ley trata de comprender con dicha cláusula todos bienes futuros, pues que se refiere á la hipoteca general, en la que se incluyen los bienes presentes y venideros, aunque no exista el motivo de esperanza, cuando dicha hipoteca se constituye, lo que tambien resulta claro de las leyes de donde esta se ha tomado, así como de la Suma de

de tal empeñamiento. Fueras ende estas sobredichas, o otras algunas si las ouiere, que sean semejantes (26) destas.

LEY 6. *En que manera deuen ser dadas las cosas a peños* (27).

Empeñadas pueden ser las cosas, estando presentes los dueños dellas, e los otros que las rescibén a peños; quier sean las cosas en aquel lugar, o en otro. E aun lo pueden facer por mensajeros, o por cartas, maguer alguno dellos non fuesse delante, con escriptura, o sin ella. Otrosi dezimos, que quando alguno empeñare alguna cosa, que la deue señalar (28), o por su nome, o por señales, o por medida, o por otra manera qualquier, porque sea sabida ciertamente, qual es la cosa que es dada a peños.

LEY 7. *Quien puede empeñar las cosas.*

Los que han (29) poderio de enagenar las cosas, porque son señores dellas, estos mismos las pueden empeñar a otri. E aun dezimos, que si algunos han derecho en las cosas, que las pueden empeñar; maguer non ouiessen el señorio dellas (30). Otrosi dezimos, que si alguno esperando (31) de auer el señorio de alguna cosa, la empeñasse, ante que ouiese el señorio de ella; si despues que la ouiesse empeñada assi, ganasse el señorio, tambien finca obligada, como si ouiesse el señorio, e la tendencia della, quando la empeño. E aun dezimos, que si algund ome empeñasse a otro cosa agena, non le apoderando della, e aquel a quien fuesse empeñada, fuesse sabidor que fuese agena; maguer despues desso ganasse el que la empeño, el señorio, con todo esso non ha derecho en ella, para demandarla (32) a este que la rescibio á peños. Pero si acaesciesse, que aquel a quien fuese empeñada, fuese tenedor de aquella cosa (*d*) estonce, y quando la ganasse, bien la podria tener en peños, fasta que cobrasse lo que auia dado sobre ella. Mas quando rescibio la cosa a peños, si creya que era de aquel que gela daua a peños, si despues desso ganasse el otro el señorio della; quando assi acaesciesse, tambien la podria demandar a quien quier que la touiesse, como si ouiesse el otro el señorio, e la tendencia della, quando la empeño.

LEY 8. *Como el personero, o el mayordomo, o guardador de algund huerfano, pueden empeñar los bienes dellos.*

Personero, o mayordomo de algund ome, empeñando alguna cosa de aquel; cuyo personero,

(*d*), entonce bien la podrie tener á peños fasta que cobrase Acad.

Azon C. *quæ res pig. oblig. poss.* vers. *aliæ res omnes*.

(26) Añád. l. 8. D. *de pigdor*.

(27) Trae esta ley su orígen de las ll. 4. y 23. § 1. D. *de pignor*.

(28) Esto interesa tambien al deudor, á fin de que si se agrega una heredad á la obligada, no se entienda comprendida en la hipoteca, so pretesto de que no son ciertos los linderos: interesa tambien al acreedor, á fin de que, dividiéndose aquella, no pierda en parte su derecho: véase la l. 4. D. *de censib.*—*Tanto por lo que mira á la designacion de la cosa que se hipoteca, como acerca de si pueden hipotecarse sin escritura pública los inmuebles, véase el apéndice nº. 1º. donde tratamos del Registro de hipotecas.

(29) Trae su orígen de lo anotado por Azon en la Suma C. *de pignor.* col. 1. y de la Glos. en la 1. princ. D. *de pignor.* sobre la parte *difficilius* y véase allí Bart. Si uno da en hipoteca los bienes de su heredero, ¿tendrá lugar luego que este haya admitido la herencia? Véase lo que digo en la l. 10. tít. 9. Part. 6.

(30) Antes de la adquisicion del dominio la hipoteca tendrá por objeto el derecho que al deudor competa en la cosa; una vez aquirido el dominio en fuerza del derecho hipotecado, la hipoteca afectará á la cosa misma, l. 3. § 1. D. *qui potior. in pig.*; pero no si la adquisicion proviene de otra causa, segun Bart. en la l. 1. princ. D. *de pignor*.

(31) Como si le fuere debida, l. 3. § 1. D. *qui potior. in pig.*

(32) Atendida la generalidad de las palabras de esta ley, parece desecharse la opinion de la Glos. en d. l. 1. princ. sobre la parte *difficilius* D. *de pignor.*, donde dice que la accion hipotecaria en el caso de que se trata, no podrá instituirse contra el tercero, pero si contra el deudor; á cuya decision suscribe allí Ang., diciendo que el deudor no podrá sacar á plaza la cuestion de dominio, porque esto seria aducir su mala fe: Bart. en el mismo lugar opina que no competerá la accion hipotecaria contra el mismo deudor porque tratándose de un derecho real, claro está que no pudo constituirse en cosa agena, segun lo anotado en la l. 16. D. *commodat.*, y esta es la opinion que parece aprobar nuestra ley, sin que obste la l. 21. §. 1. D. *de pignor.*, pues que ella habla del caso en que el acreedor ignora

e mayordomo es, sin su sabiduria (33), e sin su mandado (34); si los marauedis que rescibio sobre los peños, entraron en pro del señor, e la cosa empeñada passo a poder de aquel que la rescibio a peños, entonce bien la puede retener, fasta que cobre los marauedis que dio sobre ella. Mas si la cosa non fuesse passada a su poder, como quier que puede demandar los marauedis al señor de la cosa empeñada, si entraron en su pro, assi como sobredicho es; con todo esso non le puede demandar, que le de la cosa que tenga por peños. Otrosi dezimos, que aquel que tiene en guarda los bienes de algund huerfano, si ouiere menester de empeñar alguna cosa dellos, por pro de aquel que tiene en guarda; que lo puede fazer de las cosas muebles (35), metiendo toda via en pro (36) del moço, los marauedis que tomare sobre los peños. Mas las otras cosas que son rayz, non las puede empeñar sin otorgamiento del Judgador. Pero si el guardador empeñasse alguna cosa de las suyas (37), para pagar debda que deuiesse el huerfano, o por alguna otra cosa, valdria el empeñamiento contra el guardador; maguer el moço non fuesse tenudo de pagar la debda, porque non ouisse entrado en su pro.

LEY 9. *Como puede ser empeñada, o non, la cosa agena.*

Cosa agena non puede ser empeñada, sin mandado de aquel cuya es. Pero si alguno la empeñasse, e despues que lo supiesse el señor, lo consintiesse (38), o lo ouiesse por firme (39), o estando delante quando la empeñaua, e se callasse (40), e non lo contradixesse; estonce valdria el empeñamiento, tambien como si el lo ouiesse fecho, o otro por su mandado.

LEY 10. *Como puede ome empeñar, o non, la cosa que dio a otro en peños.*

Empeñando algun ome su cosa (41) a otro,

que la cosa no pertenece al deudor.

(33) Lo contrario pues tendrá lugar, si el principal tuvo conocimiento de lo hecho por el procurador, l. 5. C. *ad Vellei.*, l. 2. C. *si alien. res pig. data sit* y la l. sig. de este tít., cuando dice, *E se callasse, e non le contradixesse.*

(34) Bastará que despues lo ratifique, l. 20. princ. D. *de pignor. act.* y la l. sig. de este tít. de Part.

(35) La Glos. en la l. 3. C. *si alien. res pig. data sit* y en la l. 16. princ. D. *de pignor. act.* esceptúa aquellos muebles que pueden fácilmente conservarse, los que, dice, no podrán hipotecarse sin decreto del juez, segun la l. 22. C. *de administ. tutor.*, y con ella están allí conformes Bald. y Salicet. Empero adviértase que nuestra ley habla indistintamente de los bienes muebles, esceptuando tan solo los inmuebles: de otra parte no recuerdo ley alguna de Part. que contenga la disposicion de la cit. l. 22.; á no ser que se diga contener una disposicion parecida la l. 4. tít. 5. de esta Part. y la l. 18. tít. 16. Part. 6.; con todo no se halla por ellas prohibida la enaganacion de todos los bienes muebles que no corren riesgo de deterioracion: de consiguiente parece que por derecho de Part. el tutor podrá hipotecar toda suerte de muebles sin necesidad de decreto del juez, esceptuándose únicamente los esclavos, de los cuales se trata en d. l. 18 y en la cit. l. 22: sin embargo, decida el lector.

(36) De esta ley parece deducirse que aun cuando el contrato no sea el de mutuo, deberá probarse que el dinero se invirtió en utilidad del menor, y así lo decide Bart. en la l. 3. C. *si alien. res pig. data sit.*: véase lo que dije en la l. 3 tít. 1. de esta Part. glos. 2. y últ.

(37) Añád. l. 9. C. *de præd. minor.*

(38) Puede esta ley aducirse para probar que si el marido fundó un mayorazgo de consentimiento de la muger, con los bienes de esta, como si fuesen suyos, dichos bienes quedarán en poder del marido, si revoca el mayorazgo; y viene en apoyo de lo mismo el dicho notable de Bald. en la l. 1. C. *si unus ex plur. appell.* vers. *item quæro pone minor.*: sin embargo, si el mayorazgo se fundó á favor de un hijo comun á entrambos cónyuges, parece que por faltar la causa final, los bienes deberán quedar en poder de dicho hijo, ó devolverse á la madre: juzgue y elija el lector.

(39) Añád. l. 20. princ. D *de pignor. act.*, y de esto se infiere segun Ripa en la l. 1. D. *quæ res pignor. vel. hipot.* col 4. que si el dueño, el cual puede á su arbitrio vindicar la cosa al acreedor, ó accionar contra el deudor, segun la glos. generalmente aprobada en el cap. *ex præsentium, de pignor.*; elige lo segundo, se entiende ratificar la hipoteca; mientras no protestase lo contrario.

(40) Nótese esto, pues que Bald. en la l. 5. C. *ad Vellej.* opina no bastar que calle el dueño, sino que es menester que manifieste su consentimiento de un modo positivo, segun la l. 26. §. 1. D. *de pignor.* Empero Salic. y Paul. en d. l., siguiendo á la Glos., adoptan la opinion que se halla sancionada por nuestra ley de Part.

(41) Por ahí se ve que la ley se refiere á la hipoteca especial: si se hubiese estendido á la general, tendríamos sumamente restringida la facultad de contratar, segun Ang. en la l. 1. C. *de crim. stellion.*

si despues de esso quisiere empeñar aquella cosa misma otra vez; non lo podria fazer, sin sabidoria (42), e sin mandado de aquel a quien la auia empeñado primeramente. Fueras ende, si la cosa valiesse tanto (43), que cumpliesso a pagar amos los debdos. Ca entonce bien la podria empeñar sin su sabiduria, por tanto quanto valiesse demas de aquello que el auia sobre ella. Otro si dezimos, que si algun ome ouiesse empeñado alguna cosa a algun ome, por tanto quanto valia, e despues desso empeñasse aquella cosa misma a otro, sin sabiduria, e sin mandado de aquel que la tiene en peños; que es tenudo (44) de dar otro peño alguno, al segundo ome a quien la auia empeñada, que vala tanto quanto auia recebido del. E aun demas desto, puedele poner pena (45) el Judgador del lugar segun su aluedrio, por este engaño que fizo, de empeñar una cosa a dos omes, por mas que non valia. Esso mismo dezimos que deue ser guardado, quando alguno empeña cosa agena (46), non lo sabiendo aquel que la recibe en peños.

LEY 11. *Como non deue ninguno prendar a otro, sin mandado del Judgador.*

Prendar (47) non deue ninguno las cosas de otro (48), sin mandado del Judgador, o del Meriño de la tierra (49). Fueras ende, si ouiesse puesto pleyto con su debdor, que lo pudiesse (50) el fazer por si, sin mandado del Alcalde. E si alguno contra esto fiziesse, tenemos por bien, e mandamos, que torne la prenda a su dueño, e que peche la valia de la debda al Rey; e demas, que pierda la demanda (51), que auia contra aquel que assi prendo.

(42) Añád. l. 16. §. 1. D. *de pignor. act.* y l. 15. §. últ. D. *de pignor.*

(43) Añád. l. 36. §. últ. D. *de pignor. act.*

(44) Aprueba la segunda opinion de la Glos. en la l. 32. De *de pignor act.*, al paso que allí los DD. siguen la primera. —* Lo mismo tendremos si se diese en hipoteca alguna cosa que en la apariencia tan solo, fuese de un valor equivalente á la deuda, l. 1. §. 2. D. *de pig. act.*

(45) Añád. d. l. 16. §. 1. y l. 36. §. últ. D. *de pignor. act.* y l. 1. C. *de crimin. stellion.*, donde se dice, que se librará de este crímen el deudor, si ofrece el pago de la deuda; véase allí la doctrina notable de Salic. acerca los casos en que tiene lugar el arrepentimiento respecto de los delitos; véase además la l. 1. C. *ne tutor vel curat. vectig. conduc.*

(46) Añád. l. 16. §. 1. y l. 36. §. últ. D. *de pignor. act.*

(47) Añád. l. pen. C. *de pignor act.*, l. 3. C. *vi bonor. rapt.*, l. 13. D. *quod metus caus.*, l. 7. C. *unde vi*, l. 11. tít. 9. Part. 7.ª, la que es bastante notable, l. 5. tít. 14. lib. 3. del Orden. Real, l. 14. tít. 10. Part. 7.ª, ll. 1. y 6. tít. 11. lib. 5. de d. Orden. y l. 7. D. *ad leg. Jul. de vi privat.* y allí Bart. —* La facultad de prendar sin autorizacion judicial la vemos sancionada por el F. V. de Castilla, lib. 3. tít. 6. Débil entonces el poder no pudo resistir la intervencion de la fuerza privada en las actos de administracion de justicia: lo único que hizo fué reglamentar un tanto el ejercicio de la fuerza: y este era á la verdad un paso desde la anarquía hácia el órden de la sociedad. Esta ley de partida y la l. 2. tít. 19. lib. 3. del Fuero Real son las mas antiguas de nuestros códigos que prohiben una Práctica tan estraordinaria, pero la práctica seguiria á pesar de la ley, atendido que hubo necesidad de hacer igual prohibicion en el Ord. de Alcalá, tít. 18. l. 1. Cúpole tambien á esta ley la suerte de caer bajo el peso de la anarquía, pues que en 1385 vemos reproducida la misma disposicion; l. 1. tít. 31. lib. 11. Nov. Recop., y prueba que tampoco esta tuvo observancia á que cayó en desuso, el que los reyes católicos se vieron en la necesidad de poner término ó semejante desórden, conminando al trangresor, con la pena de la pérdida del crédito, junto con la confiscacion de la mitad de los bienes.

(48) Basta que las posea con buena fe, l. 19. D. *de petit. hered.*

(49) No bastará pues el mandato de juez incompetente; sino que deberá emanar de aquel en cuyo territorio se encuentra la cosa, no importando entonces que por otra causa su jurisdiccion pudiese declinarse, segun Alberic., siguiendo á Guill. en d. l. 13. D. *quod metus caus.* col. 2.

(50) Añád. l. pen. C. *de pignor act.* y l. 3. C. *de pignor.*

(51) Por estas palabras unidas á las que preceden, se ve que, si el acreedor se apodera de alguna cosa de su deudor, no solo pierde el derecho que tenia en ella, sí que tambien el crédito: de consiguiente parece reprobarse la opinion de Joan. en la Glos. á la l. 13. D. *quod metus caus.*, opinion generalmente aprobada; siguiéndose la de otros referida al principio de d. Glos., con los que parece convenir Azon en la suma C. *unde vi*, col. 5. vers. *est et constitutio D. Marci*: á no ser que digamos que esta ley de Part. se refiere únicamente al derecho de hipoteca, como mas claramente parece de la l. 14. tít. 14. de esta Part.; sin embargo véase lo que allí dije. Nótese que ni aun será lícito al acreedor detener de su propia autoridad al deudor que huye con la cosa ó con

LEY 12. *Quales pleytos pueden ser puestos por razon de los peños, e quales non.*

Todo pleyto, que non sea contra derecho, nin contra buenas costumbres, puede ser puesto sobre las cosas que dan los omes a peños. Mas los otros non deuen valer. E porende dezimos, que si algun ome empeñasse su cosa a otro, a tal pleyto, diziendo assi: Si vos non quitare este peño fasta tal dia, otorgo que sea vuestro dende adelante, por esto que me prestaes; o, que sea (52) vuestro comprado; que atal pleyto como este non deue valer. Ca si atal postura valiesse, no querrian los omes rescibir de otra guisa los peños, e vernia porende muy gran daño a la tierra: porque quando algunos estuviessen muy coytados, empeñarian las cosas, por quanto quier que les diessen sobre ellas, e perderlas yan, por tal postura como esta. Pero si el pleyto fuesse puesto de guisa, que si el peño non le quitasse fasta dia cierto el que lo empeño, que fuesse suyo vendido e del otro comprado, por tanto precio, quanto le apreciassen omes buenos; tal pleyto dezimos que valdria, assi como diximos en el Titulo (53) de las promissiones, de los pleytos, e de las posturas, en la ley que fabla en esta razon.

LEY 13. *Que departimiento ha, entre los peños que dan los Judgadores, e los otros que se dan vnos omes a otros de su voluntad: e que derecho ganan en ellos.*

Entre los peños que dan los omes unos a otros, auiniendose entre si mismos, por razon de alguna cosa que auien a dar, o a fazer, e entre los otros peños que mandan entregar los Judgadores, en razon de fazer cumplir sus juyzios, ha departimiento. Ca las cosas que mandan dar los Judgadores por peños, non son obligadas, fasta que

el dinero, siempre que pueda acudirse al magistrado, l. 7. §. 3. D. *quod vi aut clam.* y Juan de Plat. en la l. 2. C. *de exact. tribut.*, col. 7. Nótese tambien que ni aun me será permitido detener al que me deba una pension anual; por mas que se diga que entonces estoy en posesion, de la que quiere despojarme, cap. *quærelam* 24, *de elect.*; pues que no hay posesion respecto de las acciones personales, l. últ. D. *quorum bonor.*, Cino en la l. 28. C. *de pact.*; á no ser que la prestacion fuese real, segun lo anotado en la l. 15. D. *qui satisd. cog.*; de consiguiente, pierde su derecho el detentor en dicho caso, segun Bald. en la l. 1. C. *unde vi* 2. lect. col. 8, quien alega la cit. l. 13. D. *quod metus caus.*; esceptúese el caso en que obrase así en virtud de jurisdiccion, cual el señor respecto de sus vasallos; pues que segun el mismo Bald., la costumbre atribuye tambien jurisdiccion en causa propia. Si la violencia tuviere por objeto alguna cosa del fiador, no se perderá el derecho contra el deudor principal, lo que manifiesta bastante esta ley, al decir, *contra aquel que assi prendo*, y lo sienta Alberic. en d. l. 13. Por lo que mira á si el dueño de la casa podrá cerrarla de su propia autoridad, si el inquilino no le paga, véanse la l. 1. C. *de locat.* y Alberic. en d. l. 13. el cual dice que la costumbre ha sancionado dicha facultad. ¿Para la pérdida del derecho de que aquí se trata, será menester que recaiga fallo? Alberic. en dicha l. 13. al fin col 2. siguiendo á Jacob. de Raven., está por la afirmativa: Bald. en dicho lugar sostiene la negativa, fundado en que la ley no da accion, y si solo escepcion, la que no puede promover ningun fallo: mi opinion es que al deudor le compete escepcion *ipso jure*; ahora si quiere instituir accion, á fin de que se declare que el acreedor ha caido de su derecho, puede hacerlo segun Bart. en la l. 7. *ad leg. Jul. de vi priv.* al fin, alegando la l. 9. §. 3. D. *quod. metus caus.*

(52) Esta ley parece desaprobar lo que, siguiendo á Bart., dije en la l. 41. tít. 5. Part. 5.ª glos. 1.; á no ser que se diga que esta ley se refiere al caso que los contrayentes hubiesen convenido de un modo absoluto, que cediera en lugar de la deuda la cosa hipotecada, lo que verdaderamente está reprobado: ahora, si espresamente se refirieron en cuanto al precio al arbitrio de buen varon, ó bien puede esto inferirse de la calidad de las personas, ó de otras circunstancias; procederá entonces la doctrina de Bart. y lo que dije en d. glos.: sin embargo elija el lector.—*Parece que tambien será reprobado el pacto de que los frutos de la cosa hipotecada cedan en provecho del acreedor, sin que deba imputarlos á la deuda, pacto conocido con el nombre de *antichreseos*; mayormente cuando la deuda consista en cosa fungible: en efecto, además de hallarse prevenido en la l. 2. de este tít. que el acreedor impute á la deuda los frutos que perciba, tenemos que las leyes 31 y 40. tít. 11. de esta Part. prohiben los intereses, aun cuando se hubiesen estipulado bajo las apariencias de cláusula penal. Ahora, si la deuda no fuere de cosa fungible, parece que en virtud de la misma l. 40 cit. subsistirá el pacto: así como en aquellos pocos casos en que los intereses se hallan autorizados, limitándose el derecho del acreedor á la parte de frutos que sea equivalente al interés legal.

(53) Véase la l. 41. tít. 5. de esta Part. y lo que allí dije.

entreguen (54) dellas, a aquellos a quien las mandaren dar. Mas los peños que obligan los omes vnos a otros, assi como sobredicho es, luego que son otorgados, maguer que non ayan (55) la tenencia dellos, aquellos que los resciben a peños, fincan a ellos obligados. E si acaesciesse, que los peños, que mandassen dar los Judgadores, assi como de suso es dicho, los empeñasse el señor dellos a otri, en ante que el Judgador (56) entregasse dellos, a aquel a quien los auia mandado dar; dezimos, que entonce mayor derecho ha en los peños; este a quien fueren obligados a postremas, que el otro a quien los mando dar el Judgador, e non los entrego.

LEY 14 *Que derecho gana ome en la cosa que es obligada a peños.*

Empeñando algun ome la carta de donadio, o de compra de alguna su heredad, o casa, entiendese que se empeña la heredad, o la casa, sobre que fue fecha la carta; tambien como si fuesse apoderado (57) de la possession della, aquel a quien la empeño. Otrosi dezimos, que pues que la cosa es empeñada, que aquel que la recibe a peños, puede demandar a aquel que gela empeño, o a sus herederos (58), que le entreguen (59) della. E si por auentura, aquel que ouiesse empeñado la cosa a vno, en ante que ouiesse entregado (60) la possession della a quien la empeño, la diesse, o la vendiesse, o la empeñasse, o la enagenasse a otro, entregandole della; este a quien fue empeñada primeramente (61), deue demandar al

(54) Es decir, corporalmente, no bastando que el alguacil le enseñe la cosa, y le diga, te doy la posesion de ella, Bart. en la l. 1. princ. D. *de adquir. possess.* 4 Cuest. principal; no obstante que el poseedor puede transferir la posesion del modo indicado, esto, es, *longa manu*, l. 18. §. 2. D. d. tít., l. 6. tít. 30. Part. 3.ª y lo que allí dije, y Paul de Castr. en la l. 26. D. *de pignor act.*

(55) Añád. l. 1. princ. D. *de pignor act.*, l. 5. §. 1. D. *de pignor.* y el §. 7. Instit. *de act.*

(56) Pero no si hipotecase la cosa despues de haberse dado la posesion por el juez, l. 10. D. *qui potior. in pig.* y allí la Glos., y l. 5. §. 4. D. *ut in posess. legat.*

(57) Estas palabras no se hallan en la l. 2. C. *quæ res pig. oblig. poss.*, de la cual esta de Part. se ha tomado: sin embargo no se entienda que de la entrega del documento se arguya la de la posesion, y sí solo la constitucion del derecho de hipoteca, Azon en la suma C. *quæ res pig. oblig. poss.* y la Glos. en d. l. 2: y no obsta la disposicion de las ll. 8. tít. 3. Part. 3.ª y 1. C. *de donat.*, porque habiendo precedido en el caso de las mismas el contrato de donacion, no es estraño que á la entrega del instrumento, se le atribuya el efecto de transferir la posesion; al paso que en el caso de que se trata, no habiendo precedido convenio alguno, basta que la entrega del instrumento produzca el derecho de prenda, á fin de que no haya doble ficcion, contra lo prevenido en la l. 1. C. *de dot. promiss.*; y nótese esto por lo que mira al efecto de que habla la Glos en d. §. 7. Instit. *de act.*: lo que llevo dicho, lo manifiesta nuestra ley, cuando dice: *entiéndese que se empeña la heredad*, etc.

(58) V. l. 7. §. 1. C. *de præsc. 30 del 40 annor.*

(59) La accion hipotecaria pues tiende á la nuda posesion, l. 66. D. *de evict.* por aquí se ve de que manera debe concebirse el libelo en la accion hipotecaria: debe concluirse pidiendo la posesion para retenerla á título de prenda, como lo nota tambien Bart. en la l. últ. C. *si unus ex plur.*, añadiendo que no viciará el libelo el que se concluya alternativamente, pidiendo el pago de la deuda ó la entrega de la hipoteca: lo mismo nota Abb. en el cap. *ex litteris*, 3 notab.; y véase Bart. en la l. 16. §. 3. D. *de pignor.* y en la l. 41. D. *de pignor. act.* En el mismo libelo pueden tambien pedirse los frutos, l. 3. C. *in quibus caus. pig. vel hipot. tacit.* y allí Salicet.; pero no podrán pedirse los intereses devengados por la mora; ya sea convencional, ya legal la hipoteca, á no ser que sobre el particular hubiese pacto espreso, l. 18. D. *qui potior. in pig.*, Bart. en la l. 18. D. *de alim. et cibar. legat.* y Bald. novel. en el tratado de dote, fol. 9. col 4.

(60) Ténganse presentes estas palabras para lo que digo en la Glos. sig.

(61) Concuerda con la auth. *hoc si debitor* C. *de pignor.* Esta disposicion admite las siguientes escepciones. 1.ª Si el deudor dijo constituirse poseedor de la hipoteca en nombre del acreedor: entonces si la enagena, atenta á dicha posesion, y de consiguiente puede el acreedor, sin preceder la escusion del deudor, dirigirse contra el tercero al efecto de recobrar dicha posesion, apoyado en la l. últ. C. *de adquirir. posess.*, segun Jacob Butric. al cual sigue y cita Bald., y Ang. en d. l. últ. princ.: esta escepcion se halla bastante apoyada por esta ley de Part., cuando dice mas arriba: *ante que ouiesse entregado la possession della a quien la empeño*: además véase lo anotado por Bald. en la l. 1. C. *de revoc. his quæ in fraud. alien. sunt*, y añádase Ang. en la l. 2. §. 2. D. *vi bonor. rapt.*, donde dice, que en Bolonia es muy comun este precario, invencion de Uber. de Bobio.

2.ª escepcion: si el tercero posee en nombre del deudor: en este caso la accion hipotecaria se dará contra aquel, como si fuese el deudor mismo, segun Bald. en la auth. *sed hodie* princ. C. *de act. et oblig.*, y lo prueba esta ley, cuando dice: *entregándole della.*

3.ª escepcion: si el derecho de hipoteca tuviese por objeto un crédito del deudor: en este caso tambien, sin preceder escusion, podrá instituirse la accion hipotecaria, segun Cyno, Alberic. y Bart. en la l. 4. C. *quæ res pig. oblig. poss.* y el mismo Bart. en la l. 18. princ. D. *de pignor. act.* Sin embargo, lo contrario sienta Bald. en la l. 3. C. *de hæred. aet.*, y es cuestion harto dudosa, como se ve por las razones que alegan los DD., y por lo que en la cit. l. 4. dice Salic., el cual sigue le opinion de Bald. A mí me parece mas acertada la de Bart. y Alberic., opinion que dice ser la general Ang. de Aret. en el §. 7. Instit. *de act.*, y es tambien la de Alex. consil 15, vol. 6, col. últ.

4.ª escepcion: cuando nos dirigimos contra uno de dos codeudores, que se obligaron como principales, l. 19. D. *qui potior. in pig.* y allí la Glos. y Bart. y Bald. en d. auth. *sed hodie*: véase sobre esta materia Rodrig. Suar. en la repeticion á la l. 56. D. *de re jud.* fol. 130, col. 2. sobre cierta ley del Fuero, donde se vale del ejemplo de dos ó mas herederos: lo mismo opina Alberic. en d. auth. *hoc si debitor.*

5.ª escepcion: si la escepcion de escusion no se opusiere antes de la contestacion del pleito, Bald. en la l. 2. C. *commun. divid.*; empero añade allí que en el decurso de la causa, debe probarse la insolvencia del deudor.

6.ª escepcion: cuando el fisco instituye la accion hipotecaria por razon de los tributos: l. 5. §. últ. D. *de cens.* y Juan de Plat. en la l. 1. C. *de conven. fisc. debit.* col. 2.

7.ª escepcion. cuando el acreedor fundado en el derecho de hipoteca y en la preferencia de su crédito escepciona contra un tercero que pretende hacer trabar la ejecucion sobre la cosa hipotecada: en este caso tampoco se requiere la escucion, l. 15. §. 4. vers. *sed illud* D. *de re judic.* Semejante beneficio, por ser exorbitante y correctorio del derecho antiguo, no debe estenderse mas allá de sus límites; y de otra parte, va alguna diferencia entre sostener el derecho de hipoteca al ausilio de escepcion, y perseguir la cosa hipotecada mediante accion; pues que con mas facilidad se atribuye la escepcion que la accion, l. 7. §. 3. D. *de pact.* y l. 6. D. *de compens.*; y de otra parte la primera tiene mas en su apoyo la equidad natural, l. 12. D. *de doli except.* Así opina Bald. novel. en su tratado de dote fol. 35. col. 1.

8.ª escepcion: si se hubiese verificado una vez la escusion de los bienes del deudor, no podrá escepcionarse al efecto de que se repita, aun cuando este hubiese adquirido nuevos bienes: así opinaron Pedro y Cyno en la auth. *præsente* C. *de fidejuss.*, Bald. en la l. 2. C. *sententia rescind. non poss.*, Paul de Castr. en la l. últ. princ. D. *de reb. credit.*; fundándose en la ley misma, y Salicet. en d. auth. *hoc si debitor* C. *de pignor.* Empero, sostuvieron lo contrario Rayn. de Forli. en d. auth. *præsente*, Jacob. de Bellóbis. en la Novel. 4. cap. 2. y Ludovic. Rom. en la l. 21. princ, De *de nov. oper. nuntiat.*, y á la opinion de los mismos se inclina Alex. en las adiciones á Bald. en d. l. 2. y en el consil. 100. col. pen. vol. 5. donde contesta á los arg. de Pedro, Cyno y Paul. de Castr. y á d. l. últ.: lo mismo sienta en d. l. últ. princ., donde puede verse Jas.; y esta opinion es la que hallo mas justa y equitativa pudiendo apoyarse además en el cap. *insinuante* 25. *de offic. deleg.*

9.ª escepcion: si el deudor hubiese hecho cesion de bienes: entónces tampoco es necesaria la escusion, segun Bart. siguiendo el parecer de otros á quienes cita, en la Nov. 4. cap. 2.

10ª escepcion: cuando la prenda fuese pretoria: si el que fué puesto en posesion por el pretor, la pierde, puede dirigirse al tercero poseedor, sin que deba preceder escusion, segun Bald. en d. l. 1. C. *de revoc. his quæ in fraud. alien. sunt.* vers. *sed ego quæero* y Jas. en la l. 2. D. *de reb. credit.*

11.ª escepcion: la tendremos segun Socin., consil. 8. col. 2. vol. 3. si se acciona en virtud del interdicho Salviano: alega lo anotado en el §. 7. Instit. *de act.* y en la l. 41. D. *de pignor. act.* Empero creo infundada esta escepcion en el caso de d. auth. *hoc si debitor* y de nuestra ley de Part., la que parece abiertamente rechazarla. Además, no encuentro diferencia entre la accion hipotecaria y el interdicto Salviano, y de otra parte Socin. no prueba su decision.

12.ª escepcion: si pendiente el juicio instaurado á consecuencia de la accion hipotecaria, se hiciese constar la insolvencia del deudor, ó lo que es igual, la escusion de sus bienes: tendremos en este caso lo mismo que si se hubiese verificado antes de la contestacion del pleito, Bald. en la l. 4. C. *de testam. manum.*, fundado en la misma ley.

13.ª escepcion: si el deudor está ausente, Glos. en d. auth. *hoc si debitor*; y lo mismo tendremos, si siendo presente no pudiese reconvenírsele, Cyno y Alberic. en d. lugar.

14.ª escepcion: si es notoria la insolvencia del deudor, Glos. en la l. últ. D. *de reb. credit.*

15.ª escepcion: cuando el deudor hubiese enagenado la cosa hipotecada durante el pleito, segun esta ley y la Glos. Ang. y otros en d. auth. *hoc si debitor.* C. *de pignor.* y Ang. Aret. en el §. 6. Instit. *de act.*, col. 4. al fin.

que gela auia empeñado, todo aquello que le auia dado sobre ella. E si lo pudiere del cobrar (62), deue dexar estar en paz (63) el otro que la tiene. E si lo auer non pudiere, nin cobrar de aquel que gela empeño, estonce puede demandar la cosa quel fue empeñada, a aquel que fallare que es tenedor della, e non ante. Fueras ende, si aquel que auia empeñado la cosa, la vendio, o la enageno, despues quel mouio el pleyto (64) sobre ella, aquel a quien era empeñada. Ca entonce, en su escogencia seria, de le demandar luego primeramente tal debda, a aquel que gela auia empeñada, o la cosa, al que fallasse en la possession della, a qual dellos mas quisiere.

LEY 15. *Como finca en saluo el dereho que ome ha en la cosa empeñada, maguer mude su estado, o se mejore.*

Cambiando (65) su estado la cosa, despues que fuere empeñada; como si fuesse casa, e se derribasse; o si fuesse tierra calua, e pusiese en ella majuelo, aquel cuyo fuesse, o plantasse y arboles; o se mudasse en otra manera alguna semejante (66) destas, con todo esso, en saluo finca su derecho en aquella cosa, al que la tenia en peños. E si aquel que fuesse tenedor de tal cosa como esta sobredicha, non fuesse el señor della, e teniendola a buena fe (67), cuydando que era suya fiziesse y alguna mejoria. entonce aquel a quien fue empeñada, non le podria desapoderar della, fasta que le diesse las despensas (68), que paresciessen manifiestamente, que auia fechas a pro de la cosa empeñada. Otrosi dezimos, que si aquel que tiene (69) la cosa en peños, faze alguna

16.ª escepcion: véase en Socin. consil 118. vol. 2. y consil. 75. vol. 4.

17.ª escepcion: véase en Philip. Corneo consil 55. vol. 3. letra S.

18.ª escepcion: si la escusion fuese imposible, por ej., por haberse prescrito la accion personal, subsistiendo sola la hipotecaria, segun lo anotado por la Glos. Bald. y Salicet en la l. 2. C. *de luit. pignor.*, y se colige tambien de lo anotado por Bart., siguiendo á Decio, en la l. 25. D. *de fidejuss.*, col. últ. y en la l. 38. §. 4. D. *de solut.* y de lo que dice Bald. en la auth. *sed hodie* C. *de act. et obligat.* últ. cuest. y allí Salicet.—*Parece que estinguida la accion personal, esto es, la deuda principal, desaparecerá el derecho de hipoteca, el cual es un accesorio de aquella; y como tal se considera por las mismas leyes de Part. y en particular por el proemio y la l. 1. de este tít.

(62) Si los bienes estuviesen situados en diferentes puntos, ¿deberá la escusion estenderse á todos? Véase lo que dije en la l. 9. tít. 12. de esta Part. y Alex. consil. 84. col. últ. vol. 3.

(63) Tambien tiene lugar esto en la hipoteca tácita legal, l. 47. D. *de jur. fisc.*, Bald. en la l. 3. C. *commun. de legat.* col. 3. y en la l. 3. C. *de hœred. act.*: tiene tambien lugar en la dote, de modo que la muger no podrá instituir la accion hipotecaria contra los terceros poseedores, mientras no haya precedido la escusion de los bienes del marido, segun una glos. notab. en la l. 29. C. *de jure dot.* y allí Cyno cuest. 11. y Bald. col. 6. y Bart. en la l. 24. D. *solut. matrim.*, 2 part. de la part 3.ª; y este es la opinion general, como reconoce Bald. novel. en el tratado de dote, fol. 46. col. 2. vers. 37. *privilegium*; si bien intentó probar que la muger gozaba de privilegio en este punto.

(64) Aprueba la opinion de Joan. indicada por la Glos. en la auth. *hoc si debitor*. C. *de pignor.*, opinion que es la general: esceptúese el caso en que vendió la prenda con el objeto de pagar á los acreedores, y que el precio se hubiese satisfecho; entónces quedará aquella libre, como lo declara allí Salicet.

(65) Trae su oríjen de lo anotado por Azon en la suma C. *de pignor.* col 2. vers. *intenditur hipotecaria* y de la l. 16. §. 2. y de la 29. §. 2. D. d. tít.

(66) Pero no si fuese de otra suerte, como si se diese otra forma á la materia, l. 18. §. 3. D. *de pignor. act.* y allí Bart. y Bald., y Ang. en d. l. 16. §. 2. D. *de pignor.*: de aquí puede inferirse si puede ó no el acreedor prohibir al deudor que corte el bosque dado en hipoteca, sobre cuya cuestion véanse Bald. y Alber. en d. l. 18. §. 3.

(67) Añád. d. l. 29. §. 2. D. *de pignor.* y nótese que podrá retener la cosa entregando el valor que ella tenia, cuando entró á poseerla, como dice Bart. en la l. 2. C. *de prœd. et reb. navicul.*, fundado en el mismo testo, y Juan de Plat. en d. l. y en la l. últ. C. *de cens. et censit.* y Paul. de Castr. en la l. 18. §. 2. D. *de pignor. act.*, y véase Socin. consil. 224. vol. 2. col. últ.—*Esta decision es contraria á los principios, en particular cuando la cosa ha recibido un aumento de valor independientemente de las mejoras hechas por el poseedor de buena fe; por ej., á causa de haber subido el precio de las fincas: en efecto este aumento pertenece al dueño, y de consiguiente deberá redundar en utilidad del acreedor hipotecario cuyo derecho se estiende á los accesorios de la cosa hipotecada.

(68) Pero debe compensar con ellas los frutos que percibió: véase la l. 40. tít. 28. Part. 3. junto con lo que allí dije.

(69) Lo mismo dirémos, si es el deudor el que la hace, segun se espresa mas arriba en esta mis-

mejoria en ella; o se acresce (70) de otre guisa por auentura, como si fuesse campo, o viña, o huerta, que estouiesse en ribera de algund rio, e con auenidas (71) de aquel rio se allegasse, o acresciesse alguna tierra a ella; tal mejoria, o crescimiento, que auiniesse en alguna destas maneras en la cosa empeñada, finca en saluo a aquel que la tiene a peños, en vno con lo al, sobre que fue fecho el empeñamiento principalmente. Pero deuelo todo tornar a aquel que gelo empeño, pagandole su debda, e las despensas, si las fizo sobre esta razon.

LEY 16. *Que derecho gana aquel que tiene la cosa a peños, en el fruto que nasce della.*

Si aquel (72) que empeño su heredad, seyendo el tenedor de ella, la sembro; o si se empreño, si era sierua, o otro ganado qualquier, de aquellos que conciben, e paren; maguer despues desto la vendiesse, o la empeñasse a otro, o la enagenasse de otra manera qualquier, dezimos, que tambien fincan obligados los frutos (73) de qualquier destas cosas sobredichas a aquel que las tenia a peños, como la cosa misma que le fue empeñada. Mas si aquel a quien es enagenada (74) la cosa que es puesta en peños, seyendo tenedor della, la sembrasse, o diesse otro fruto de si, dezimos, que entonce los frutos (75) non fincan obligados, a aquel a quien era primeramente obligada la cosa en peños.

LEY 17. *Que derecho ha ome en la cosa que es empeñada so condicion, o a tiempo cierto.*

Tomando (76) vn ome de otro alguna cosa en

ma ley. Empero si la mejora proviene de un tercero poseedor que adquirió la cosa á título de venta ú otro semejante, no quedará sujeta á hipoteca, como dije en la glos. 67. y lo nota Jas. en la l. 25. D. *de reb. cred.*

(70) Añád. l. 16. princ. D. *de pignor.*, donde dice Bald. que esto será tambien aplicable al caso que el deudor agrega un predio al que habia hipotecado demarcando sus linderos, como en el supuesto de la l. 10. D. *de legat.* 2. Deberá tal vez esceptuarse el caso en que el predio se hubiese hipotecado, espresando los jornales ó cahizadas que contenia; véase la l. 6. de este tít. y lo que allí dije, y hace al caso lo anotado por Paul. de Castr. en la l. 4. §. 1. D. *de act. empt.*, y añád. l. 18. §. 1. D. *de pignor. act.*, donde Bart., partiendo de esto, discute por que leyes deberán regirse los moradores de una provincia agregada á un estado; y Ang. en d. l. 16 hace mérito de lo mismo para decidir si la esencion de tributos deberá estenderse á los que deban nuevamente imponerse por razon de guerra. Sobre lo mismo véanse Bald. y los DD. en la l. 8. D. *de legat.* 1. A lo que llevo dicho al principio de esta glos., parece oponerse la decision de cierto comentador de las costumbres parisienses, á saber, que aquellos aumentos aprovechan al propietario en el único caso de provenir de causa voluntaria y accidental: pero á favor de Bald. milita con bastante fuerza la cit. l. 10. D. *de legat.* 2.

(71) La l. 16. princ. D. *de pignor.*, de la cual esta se ha tomado, habla de la aluvion; empero este de Part. dice lo mismo de la accesion que proviene de la fuerza del rio en los términos que espresa el §. 20. Instit *de rer. divis.* y la l. 26. tít. 28. Part. 3. — * Si se ha hipotecado un rebaño quedan tambien sujetas á la hipoteca las cabezas que del mismo nazcan, no importando que de esta suerte se vaya renovando el rebaño en su totalidad, l. 13. D. *de pignor.* Si se hubiese hipotecado una tienda, el derecho del acreedor se estiende á las mercancías que en ella se encuentran al instituir la accion hipotecaria, aunque hayan sido sustituidas por otras las que existian al tiempo del contrato, l. 34. D. d. tít.

(72) Hállase conforme con lo que dice Azon en la suma C. *de pignor.*, vers. *item intendetur.*

(73) Entiéndase tambien en el supuesto que se perciban por el comprador; si existen, podrán pedirse por la accion hipotecaria, l. 1. §. 2. D. *de pignor.* y allí la Glos. y Bald.; v. Salicet. en la l. 3. C. *in quib caus. pig. vel. hipot. tacit.*

(74) Si pues el deudor no transfirió el dominio del predio que me habia hipotecado, pero vino á parar á manos de un tercero poseedor de buena fe, quien lo sembró y despues recogió los frutos; me competerá respecto de ellos la accion hipotecaria, mientras existan, d. l. 1. §. 2. D. *de pignor.*, l. 7. D. *in quib. caus. pig. vel hipot. tacit.*, Azon lug. cit. y lo prueba bastante esta ley de Part.

(75) Entiéndase de los ya percibidos, aunque se hayan consumido: los que no se hubieren cogido aun, vendrán comprendidos en la accion hipotecaria, de la misma manera que el predio que los contiene, l. 16. §. 4. D. de *pignor.* y allí la glos. últ., fundada en la l. 24. D. *de rei. vind.*

(76) Está conforme con lo que dice Azon en la suma C. *de pignor.* col 3. vers. *intenditur hipotecaria efficaciter*, y añád. l. 13. §. 5. y l. 14. D. d. tít. junto con la Glos.

peños so condicion, o a dia cierto, non puede demandar que gela den por peño; fasta que se cumpla la condicion, o que venga el dia que señalaron. Pero si aquel que tomo la cosa en peños, se temiere (77) del que la empeño, que se yra (78) de aquella tierra a otra, bien le puede demandar (79) que gela de; o que le de tal segurança de que sea seguro, que a la sazon que se cumpliere la condicion, o viniere el dia cierto, que gela de.

LEY 18 *Que cosas ha de prouar, aquel que dize que fue alguna cosa obligada a peños, si aquel que la tiene la niega.*

Demandando vn ome a otro alguna cosa en juyzio, diziendo que aquella cosa que el tiene, que fuera a el empeñada, nombrando aquel que gela empeñara; si aquel a quien faze la demanda, niega el empeñamiento, o dize que aquel que nombro, que gela empeñara, que non auia poder de lo fazer; entonce este demandador tenudo es, de prouar dos cosas. La vna, que gela empeñaron. La otra, que a la sazon del empeñamiento, que era aquella cosas suya (80) de aquel que

(77) Entiéndase si el motivo de sospecha ha sobrevenido de nuevo, á no ser que, existiendo al tiempo del contrato, el acreedor lo ignorase, segun Bart. en d. l. 14. D. *de pignor.*, fundado en la l. últ. vers. *is quoque* C. *de sponsal.*: téngase presente esta decision de Bald., y véase Alex. consil. 19. vol. 3 al fin.

(78) Disponiéndose para llevar la cosa hipotecada: lo mismo tendrémos si ya está ausente, y hay motivo para temer la traslacion de dicha cosa.

(79) Añád. l. 14 D. *de pignor.* junto con la Glosa; y por medio de estas ll. Rodrig. Suar. decide la cuestion que trata en la repeticion á la l. 56. D. *de re judic.* fól. 136, col. 3 y 4; véase su decision, la que es notable.

(80) Añád. l. 23. D. *de probat.*, ll. 3 y 15. §. 1. D. *de pignor.* y l. 5. C. *si alien. res pig. data sit*, junto con la Glosa: bastará que se pruebe el dominio ya directo ya útil, l. 16. §. últ. D. *de pignor. act.* y l. 31. D. *de pignor.*: aun mas, bastará probar el casi dominio, es decir, que el deudor poseia con buena fe y justo título, l. 18, D. *de pignor.* y la Glos. en las ll. 9 y 41. D. *de pignor. act.*, y en la últ. Bart., donde dice que esta ley y otras semejantes deben entenderse del caso que el acreedor instituye la accion directa ó útil; pues que si se acciona en virtud del interdicto salviano, bastará probar la posesion del deudor, l. 1. C. *de salvian. interd.* junto con lo allí anotado, l. 1. D. d. tít. y en ella Bart. y Ang. Aret. en el §. 7. Instit. *de act.* col. 5. Adviértase que lo dicho no tiene lugar, cuando nos dirijimos contra el mismo deudor, en cuyo caso basta probar que este poseia con buena fe, al constituirse la hipoteca, segun la Glos. y Bart. en d. l. 5.: entónces no puede el deudor apelar á la cuestion del dominio ó de otro derecho. Adviértase que en el supuesto de dirijirse el acreedor contra un tercero poseedor, Bart. quiere indistintamente en d. l. 41 á la mitad de la col. antepen., que sea necesario probar el dominio ó casi dominio, tanto si dicho poseedor deriva su derecho del mismo deudor, como si adquirió de otra persona, y ya sea lucrativo, ya oneroso el título. Empero el mismo Bart. en d. l. 5 al fin, se contradijo distinguiendo entre el poseedor que adquirió á título lucrativo del deudor, y el que deriva su derecho del mismo en virtud de causa onerosa; en el primer caso, dice, tendrémos lo mismo que si se accionara contra el deudor, al paso que en el segundo deberá probarse el dominio ó casi dominio, como queda dicho, arg. l. 4. §. 27. D. *de dol. except.*: ahora, si el tercero no deriva su derecho del mismo deudor, deberá sin distincion probar el acreedor que dicho deudor era dueño ó casi dueño al tiempo de constituirse la hipoteca. Tambien variaron las Glosas en este punto, como se ve en la Glosa al §. 7. Instit. *de act.*, á la l. 7. C. *de pignor.* glos. magistral, á la Novel. 18. cap. 8. y á la l. 3. D. *de pignor.*, donde indistintamente quieren que se pruebe el dominio del deudor, al paso que en la l. 41. dice la Glos. bastar que se pruebe que el mismo era casi dueño al constituirse la hipoteca; dado que las cosas que poseemos con buena fe, se cuentan como parte de nuestro patrimonio, l. 49. D. *de verbor. signif.*, y lo mismo espresa en d. l. 5: la misma opinion sostiene Ang. Aret. en d. §. 7 Instit., añadiendo que se halla sancionada por la práctica: y esta contradiccion la examina el copilador de las decisiones del Consejo napolitano, decision 383, donde manifiesta la práctica observada por dicho tribunal en este punto. El Specul. tít. *de oblig. et solut.* §. 1. col. 10. vers. *sed quando dicitur esse in bonis*, y vers. *quid si probo*, trata esta cuestion, y por fin concluye que si el tercero poseedor deriva su derecho del deudor, bastará probar que este poseia la cosa cuando se dió en hipoteca: pues que si esto es bastante, accionando contra el deudor, debe serlo tambien, cuando se reconviene al sucesor del mismo: empero, si deriva su derecho de otra persona, no bastará la indicada prueba; y á esta opinion parece inclinarse Bart. en d. Novel. 18. cap. 6., cuando se refiere al Specul. en el lug. cit. Empero, el mismo Specul. tít. *de pignor.* §. 1. col. 5. vers.

sed quæritur, se espresa de otra suerte, diciendo que ninguna ley previene que nazca la accion hipotecaria del acto de obligarse una cosa por el que tiene la mera posesion de la misma, y con dificultad se ha admitido el que dicha accion se orijinara del hecho de hipotecarse la cosa por el que tenia el casi dominio de ella, d. l. 18; y por fin dice, que debe atenderse á lo dicho en el lugar que hemos citado. Juan Andr. en las adiciones al Specul. en d. vers. refiere varias opiniones, y en el tít. *de obligat. et solut.*, col. 10. vers. *item pone*, trascribe á la letra lo que dice Jacob. de Aret. en la cuestion que empieza *Titius accepit*, y despues de haber pesado los diferentes argumentos, concluye, que si el deudor adquirió con título la posesion, bastará que esto se pruebe por el acreedor que instituye la accion hipotecariá, d. l. 18. y l. 21. §. 1. D. *de pignor.*; al paso que, si el deudor la hubo sin título, en vano instituirá el acreedor dicha accion, mientras no pruebe que aquél era dueño: empero si el deudor, habiendo perdido la posesion de hecho, podia recobrarla, cual en el caso de la l. 2. D. *de condict. tritic.*, y de la l. últ. C. *unde vi*, tendrá derecho el acreedor para pedir la misma posesion, la que no se entiende perdida de derecho para el deudor, de la misma manera que puede accionar contra el deudor del deudor; en efecto, en este caso el deudor viene á ser á manera de acreedor del que de hecho posee, l. 10. D. *de verbor. signif.*: ahora, si el deudor carecia de derecho para recobrar la posesion, se entiende ella estinguida, y de consiguiente no puede pedirse por el acreedor, arg. l. l. 13. §. últ. y 23. D. *de adquir. possess.* Alberic. en d. l. 5. C. *si res alien. pig. data sit*, despues de haberse hecho cargo de varias opiniones, dice haber visto adoptada en juicio la Glos. á d. l. 5, cuando se acciona contra el deudor ó su heredero, es decir, que se tiene entónces por bastante la prueba acerca de la sucesion; pero si se acciona contra un tercero, dice que debe observarse lo que espresa la Glos. á d. l. 41, esto es, leyendo allí las palabras *cum titulo*, cual en el ejemplar que yo poseo; de consiguiente es indispensable que la posesion se haya adquirido con buena fe y justo título por el que constituyó la hipoteca. Téngase presente esta ley de Part., la que, decidiendo las cuestiones indicadas, dispone no ser bastante el que se pruebe la posesion del deudor, cuando nos dirijimos á un tercero; quiere que entónces probemos que el deudor era dueño, ó á lo menos que tenia derecho para hipotecar la cosa, como si esta le era debida, l. 7. de este tít. junto con lo que allí dije, ó bien que le competia respecto de la misma la accion publiciana, ó la hipotecaria, ó la *rei vindicativa* útil, l. *si res*, §. últ. l. 18. y 21. §. 1. y l. 13. §. 2. y 3. D. *de pignor.* junto con la l. 7 cit.: sobre cosa agena, en la que no tenemos mas derecho que el de posesion, no puede constituirse hipoteca, l. 6. C. *si res alien. pig. data sit*, d. l. 41. 1 respons. D. *de pignor. act.*, l. 1. D. *de pignor.*, l. 9. de este tít. de Part. y Azon en la Suma C. d. tít. col. 1. vers. *potest quis pignori obligare*. Lo que nuestra ley dispone, tendrá lugar, ya se instituya la accion hipotecaria, ya el interdicto salviano útil; si bien respecto del último dicen lo contrario Bart., lug. cit. y los DD. siguiendo la Glos. en d. §. 7. Instit. *de act.*, esceptuando Jas., el cual á mi parecer, lo entendió mejor; ese interdicto, ya directo, ya útil, compete únicamente respecto de las cosas introducidas en el predio rústico ó urbano; ahora en nuestras ll. de Part. nada se encuentra relativo á dicho interdicto, escepto lo que espresa la l. 5. tít. 8 de esta Part. Lo dicho tiene lugar sin disputa en la hipoteca especial: si fuese general, como que comprende entónces los derechos y las acciones, el acreedor podrá instituir la accion posesoria que compitiese al deudor para recobrar ó adquirir la posesion, y entónces bastará que acerca de esta recaiga la prueba: y en este caso procederá la decision que hemos citado de Jacob. de Aret. y Juan Andr.; así opinan Bart. en d. l. 41. col. pen., Salicet. siguiendo á Cyno en d. l. 5, y Jas. en d. §. 7. Instit. *de act.*, col. 14. Será tambien aplicable lo que dispone nuestra ley, aunque la muger instituya la accion hipotecaria por razon de la dote, l. 29. C. *de jur. dot.* y allí Bald. Empero en el caso de la auth. *contra cum rogatus C. ad Trebell.*, aunque se instituya la accion hipotecaria, bastará que se pruebe lo que es menester para la accion *petitio hæreditatis*, segun Bald. allí, col. últ. Véase sobre esta materia la cuestion notable que trata el Specul. en el tít. *de oblig. et solut.*, §. 1. col. pen. vers. *sed quid si T. debitor*, á saber si se confirmará la hipoteca respecto de la cosa poseida sin título por el deudor que hipotecó todos sus bienes presentes y futuros, en el supuesto que hubiese aquel fallecido antes de completar la prescripcion, lo que verificó el heredero: concluye por la afirmativa. — * Sobre esta materia importante y que á cada paso se ofrece en la práctica, emitirémos nuestra opinion, fundada en esta misma ley de Part. en la l. 7. de este tít. y en principios jenerales de derecho. Tres son los casos que pueden ocurrir: 1.° que se dirija la accion hipotecaria contra el mismo deudor ó sus herederos; 2.° que se instituya contra un sucesor del deudor, á título singular; 3.° que se reconvenga á un tercero poseedor que no derive ser derecho del deudor. — Si instituimos la accion hipotecaria contra el mismo deudor, bastará probar que posee y que nos otorgó la hipoteca; en efecto, si el deudor posee se le reputa poseedor de buena fe, pues que la mala fe

dice que gela empeño, o que auia poder de gela empeñar (81). E prouando esto, deue ser entregada la cosa que demanda por peño. Otrosi dezimos, que estando vn ome en tenencia de alguna cosa, e demandandogela otro alguno, diziendo qua a el fuera empeñada; si este que es tenedor della, quisiere luego pagar lo que deuia auer aquel que fizo la demanda, deuelo el otro recebir, maguer non quiera. Ca, pues que le pagan aquella debda que auia sobre la cosa, non le finca (82) otro derecho ninguno. Ante dezimos, que aquel derecho que el auia sobre ella por razon de aquella debda, ante que fuesse pagada, que lo deue otorgar (83) al otro que gelo pago, si gelo demandare.

si despues que fue demandada en juizio, fue traspuesta, o perdida, o empeorada, como se deue tornar (e) a pechar.

Seyendo (84) vn ome tenedor de vna cosa, diziendo otro alguno, que aquella cosa que gela empeñara aquel cuya era; si despues que gelo ouiesse prouado, aquel que fuesse tenedor della engañosamente (85) la traspusiesse, diziendo que la non podia auer; estonce el judgador deue mandar al que la demanda, que jure cuanto daño, e menoscabo le viene, porque non le entrego aquella cosa. E por cuanto jurare, deue mandar al otro, que gelo peche (86), con la debda

(e). ó pechar. Acad.

LEY 19. *De la cosa que fue dada a peños,*

no se presume mientras no se pruebe; de consiguiente, al igual los demás poseedores de esta clase se le presume dueño, mientras otro no pruebe á su favor un título mas preferente que podrá ser ó no el del dominio; ahora bien, aun cuando el deudor hubiere adquirido con posterioridad al acto de constitucion de hipoteca el derecho que en fuerza de la posesion se presume tener en la cosa, queda esta obligada, con tal que el acreedor estuviese en buena fe, segun d. l. 7.: lo que decimos del deudor, entiéndase de sus herederos. — Si se instituye la accion hipotecaria contra un tercero que es sucesor á título singular del deudor, parece que bastará probar esta circunstancia, junto con el hecho de poseer dicho sucesor; pues que derivando su derecho del deudor, no puede alegar que este carecia de dominio y casi-dominio, y si alegare que lo adquirió posteriormente á la constitucion de la hipoteca, la escepcion seria improcedente, segun la cit. l. 7.— Si la accion hipotecaria se instituye contra un tercero poseedor que no deriva su derecho del deudor, deberá probarse 1° que este tercero posee la cosa hipotecada, 2° que el deudor la dió en hipoteca, 3° que el mismo deudor tenia en ella derecho al tiempo de hipotecarla, ó que lo adquirió posteriormente.

(81) Véase lo dicho en la glos. ant.

(82) Trae su orígen de las l. l. 16, §. 3. D. *de pignor*, 19. D. *qui potior. in pig.*, y 12. §. 1. D. *quib. mod. pig. vel. hypot. solv.* En cuanto á si seguirá con ese derecho el poseedor condenado en virtud de la accion hipotecaria, mientras no se hubiese principiado el juicio ejecutivo, véase el Specul. tít. *de oblig. et solut.* §. 1, col. 11, vers. *quid si T. mihi condemnatus*, donde decide por la afirmativa, y alega la l. 20 §. 5. D. *de petit. hæred.* De la disposicion de esta ley debe exceptuarse el caso en que la muger instituye la accion hipotecaria por su adote contra un tercero, durante el matrimonio, al efecto de salvar sus alimentos, á tenor de la l. 29 C. *de jur. dot.*; entónces no podrá ser repelida mediante el pago de la dote, sino que tiene derecho á incorporarse de los mismos bienes hipotecados, para que con los frutos puedan alimentarse ella y sus hijos, d. l. 29, Cyno, Alberic. y Salicet. en la l. 10. C. *qui potior. in pig.* y Paul de Castr en la l. 2. princ. D. *solut. matrim.*: Bald. novel. en el tratado *de dote*, fol. 39, col. 1, vers. 47 *privilegium* admite la misma doctrina, exceptuando dos casos, á saber, 1° si los bienes hipotecados fuesen mercancías, créditos ú otros semejantes, que solo pudiesen servir para alimentos, reduciéndose á dinero; 2° cuando los frutos de los bienes hipotecados escediesen de mucho á las cargas del matrimonio. — * Adviértase que el tenedor de la cosa hipotecada no solo ha de satisfacer la deuda principal, si que tambien los intereses vencidos y cualesquiera otros accesorios de la misma; de lo contrario no evitará la venta de dicha cosa, l. 18 D. *qui potior. in pign.* y l. 35. D. *de pign. act.*

(83) Añád. d. l. 19. D. *qui potior in pig.*, y debe ceder así la accion personal, como la hipotecaria, como en d. l. se espresa.

(84) Concuerd. con lo anotado por Azon en la Suma C. *de pignor.*, col. últ. vers. *sed ubi judiciario ordine.*

(85) Se tiene pues por poseedor al que ha dejado de serlo con mala fe. — * En fuerza de este principio parece que la disposicion de la ley será tambien aplicable al que dolosamente se desprendió de la cosa hipotecada antes de ser reconvenido en juicio; si bien en este caso será mas difícil probar la mala fe.

(86) Empero lo que además del crédito consiguiere el acreedor, debe restituirlo al deudor en fuerza de la accion pignoraticia, l. 21, § últ. D. *de pignor.*: esto parece deberá entenderse de

que le deuia. Pero el Alcalde deue primeramente tassar la estimacion del tal daño, o menoscabo, ante que otorgue la jura a la otra parte. Mas si acaesciesse que la cosa empeñada se perdiesse, por culpa de aquel que era tenedor della, en non por engaño que el fiziesse, entonce non le deue mandar pechar, mas de aquello (87) que auia sobre ella. E si por auentura non fuesse la cosa traspuesta engañosamente, nin perdida por culpa del que la tenia, mas seyendo tenedor non la quisiesse entregar; estonce en su escogencia es, del que la demanda, de jurar por ella, segun qué es sobredicho, e pechargela ha con los daños, e los menoscabos; o de pedir al Judgador, que gela tuelga por fuerça (88), e que le entregue della. Mas si la cosa fuesse en tal lugar, que auiendo voluntad de la dar, non lo pudiesse facer; entonce non lo deue condenar en ninguna de las maneras sobredichas, pues que por su engaño non fue traspuesta. Mas deue tomar tal recabdo (89) del, que la aduzga a algund dia señalado, e la entregue a aquel que la tenia en peños, o que pague la debda, que el otro auia sobre ella. Esso mismo dezimos que deue ser guardado en todas las cosas (90) sobredichas en esta ley, si alguna dellas fiziesse aquel mismo, que ouiesse empeñado la cosa.

LEY 20. *Como, si algunos de aquellos que tienen las cosas a peños, las pierden, o se empeoran por su culpa, las deuen pechar.*

Gran femencia (91) deue poner en guardar la cosa, todo ome que la rescibe en peños; de guisa, que por su culpa, nin por su negligencia, non se pierda, nin se empeore. E para esto ser bien guardado, ha menester que non vse (92) los peños, ni se sirua dellos el que los tiene. Fueras ende, si lo fiziere en buena manera (93), de guisa, que non valan porende menos. E aun esto, que lo fagan con plazer, e con mandado de aquellos cuyos son. Ca los peños principalmente son dados, por auer segurança de lo que dan sobre ellos, aquellos que los reciben por peños, e non por vsar dellos. E por ende dezimos, que si alguno contra esto fiziere, e la cosa empeñada se perdiesse (94), o se empeorasse, vsando della contra voluntad del señor della, o si de otra manera le viniesse este daño por culpa (95), o por negli-

lo que dice respeto al valor de la cosa, pero no de lo que haya conseguido por razon del perjuicio que se le causó independientemente de dicho valor; esto no viene comprendido en la accion dicha.

(87) Así procede sin disputa si el acreedor nunca hubiese tenido la posesion de la cosa hipotecada: si tuvo la posesion y la perdió por su culpa, entónces el tercero poseedor de que aquí se trata, por lo mismo que perdió la cosa por culpa suya, será responsable de todo el valor de ella al acreedor, pues que del mismo valor ó estimacion es este responsable respecto del deudor, l. 63 D. *de rei vindic.* y la Glos. en la l. 21 §. últ. D. *de pignor.*

(88) Esto es con el ausilio de la fuerza armada, l. 68 D. *de rei vindic.* y l. 2 tít. 27 Part. 3.

(89) Añád. l. 16, §. 3. D. *de pignor.*

(90) Así pues, si el deudor obra con dolo en no entregar la prenda será condenado á lo que jurare el actor previa la tasacion del juez: esto es lo que procede de rigor de derecho, como dice Azon en la Suma C. *de pignor.*; empero por equidad se le condena únicamente al pago de la deuda, l. 16, §. 6 y l. 21 §. últ. D. *de pignor.* Empero adviértase, que esta ley de Part. no admite semejante equidad, desechando la distincion que entre el deudor y el tercero poseedor hacen dd. ll. y la Glos. y DD. que así las entienden. Sin embargo, opino, que atendida esta ley de Part. el acreedor no podrá exigir mas que la cantidad debida al deudor, en los casos que el esceso deberia restituirlo á este, si fuese un tercero el reconvenido; pero si, en el supuesto que el esceso debiera ceder en su provecho, en el mismo caso de dirigirse contra un tercero, como dije en la glos. 86; y en estos términos procederá nuestra ley, é igual es la mente del derecho comun, segun Bart. en d. l. 21, §. últ., cuando trata del derecho que tiene el accreedor quirografario á la retencion de la prenda.

(91) Es decir grande cuidado: añád. § últ. Instit. *quib. mod. re contrat. oblig.*, y l. 13, §. 1 D. *de pignor act.*

(92) Añád. l. 3. tít. 14, Part. 7 y lo que allí digo: sin embargo el acreedor podrá usar de la prenda, cual lo hacia el dueño, y atendido el uso del pais, como lo prueba la l. 1 C. *de pignor. act.* y allí lo nota Juan Fabr.: podrá hacer en un bosque los cortes de costumbre, segun Bart. en la l. 18, §. 3 D. *de pignor. act.*: por lo que mira á sí podrá llevar á cabo un edificio comenzado, véase Bart. en la l. 25 D. d. tít.

(93) Cual un buen padre de familias, l. 14 D. *de pignor. act.*

(94) Aunque fuese sin dolo y sin culpa de parte del acreedor, siempre que use contra derecho l. 16 D. *de condict. furt.*, y lo prueba esta ley, puesto que en el caso sig. hace mencion de culpa, y no en este.

(95) El acreedor es responsable de la culpa lata y de la leve, mas no de la levísima, d. §. últ.

gencia de aquel que la tiene en peños; que es tenudo de la pechar. Mas si acaesciesse la perdida, o el empeoramiento en la cosa empeñada, por ocasion, et non por culpa, ni por engaño que fiziesse aquel que la tenia a peños, non seria tenudo de la pechar. Ante dezimos, que aquel cuya era, es tenudo de dar al otro la debda (96) que ouiesse sobre ella. Pero este que tomo la cosa a peños, deue prouar la ocasion, por que dize que se perdio la cosa. E prouandola, es quito (97) de la demanda, e deue cobrar lo que dio, asi como de suso es dicho. Fueras ende, si el otro, cuya era la cosa, prouasse que la ocasion auiniera por culpa del que tenia la cosa a peños. Ca entonce, como quier que deue cobrar su debda, tenudo es de pechar la cosa; pues que se perdio por ocasion que auino por su culpa.

LEY 21. *Quando deuen tornar las cosas, que los omes tienen a peños, a aquellos que gelas empeñaron.*

Queriendo alguno cobrar la cosa que ouiesse empeñada, deue primeramente pagar (98) la debda, que recibio quando la empeño. E non tan solamente deue pagar la debda, mas todas las despensas guisadas, que fueren fechas por pro (99) de la cosa empeñada, para mantenerla, que non se perdiesse, o se empeorasse, o para mejorarla; assi como si fuesse bestia, que le deuiesse dar ceuada, e las despensas que fizo dandole a comer e las que fizo en ferrarla, o en las otras cosas semejantes destas que le eran menester; e si era casa, que le deuen otrosi dar las despensas que fizo en refazerla, para mejorarla, o en repararla, porque se non empeorasse; o si fuesse heredad, e la labrasse, que le deue dar otrosi las despensas que fiziere en qualquier destas maneras, o en otras semejantes dellas, descontando en la debda los frutos (100), que ouiesse ende cogido aquel que la tenia en peños, o el alquile de la casa, si moro en ella (101) aquel que la tenia a peños. E seyendo pagado de la debda, e de las despensas, asi como sobredicho es, tenudo es el que tenia (102) la cosa a peños, de la dar luego a aquel que gela empeño. E si gela non diere, non poniendo, nin prouando ante si ninguna razon derecha, por que se puede defender de gela dar, deue pechar la cosa con los daños, e los menoscabos, e ser creydo por su jura (103),

Inst. *quib. mod. re contrah. oblig.*, l. 13, §. últ. y l. 14 D. *de pignor act.*, l. l. 5 y 6 C. *de pignor act.* y lo que esta l. de Part. espresa.—* Sin embargo esta ley á la palabra culpa añade la negligencia; y mas abajo parece esceptuar únicamente el caso fortuito: véase la l. 36 de este tít.

(96) Añad. l. l. 6 y 9 C *de pign. act.* y d. §. últ. Instit. *quib. mod. re contrah. oblig.*

(97) Aprueba la opinion de Azon en la Suma C. *de pignor. act.*, col. pen. vers. *sed numquid probavit creditor* y de Acurs. en la l. 5 C. d. tít., véase lo que digo en la l. 10, tít. 14, Part. 3, y en la l. 15, tít. 8 de esta Part.

(98) Añád. l. 9. §. 3 D. *de pign. act.*

(99) Añád. Glos. en la l. 25. D. *de pignor. act.* y allí Bald., advirtiéndose que nuestra ley apoya la decision de la Glos.: tenemos pues que el acreedor podrá pedir no solo las impensas necesarias, sí que tambien las útiles, atendidas aquellas palabras, *ó para mejorarla.*

(100) Añád. l. 2. de este tít. y lo que allí dije.

(101) Segun esta ley, si el acreedor vivió en la casa que tenia en prenda, deberá el alquiler; lo que Paul de Castr. en la l. 1 C. *de pign. act.* entiende en el supuesto que el acreedor hubiera tenido que alquilar otra cosa; entónces, dice, deberá el alquiler que acostumbrada ganar la casa hipotecada: pero no, faltando dicha circunstancia, pues que entónces se juzga que vivió en la casa, para conservarla mejor: véase lo que dije mas arriba en la l. 2. de este tít. En el supuesto que el acreedor no encontrase inquilino, procederá sin disputa la decision de Paul. de Castr.; pero no cuando hubiese podido alquilarla, Abb. en el cap. *cum contra*, *de pignor.*, el cual opina que el acreedor deberá el alquiler que pudo ganar dicha casa: la verdad de este parecer de Abb., pende de la decision de lo que dije en la l. 2, glos. 7; véase Alex. consil. 141, col. 5, 2. duda, col. pen.

(102) Contra un tercero poseedor no competerá la accion pignoraticia, atendido que es personal, y que de otra parte no lleva el carácter de *in rem scripta*; á no ser que mediase usura, cap. *cum constet, S de pignor.*, Bald. en la l. 1. C. *de pignor. act.* y en el cap. últ. al fin *de feudo dato in vic. leg. comiss.*

(103) Será pues de buena fe la accion pignoraticia, Instit. §. 8. *de act.*; de consiguiente dará lugar al juramento *in litem.* Nótese que una vez se halle satisfecho de su crédito el acreedor, deberá devolver la cosa hipotecada, ya la hubiese recibido del deudor, sea que haya obtenido la posesion de otra suerte, Bart. en la l. 33. D. *de damn. infec.*, Bald. en la rubr. C. *de pignor act.*, y lo prueba esta ley, cuando dice mas arriba, *tenudo es el que tiene la cosa á peños* etc.: tiene tambien lugar esto, aunque la prenda sea pretoria, l. 5, §. 21. D. *ut in posess. legat.* y Bart. y Bald. en d. d. lug.

aquel que la empeño, tambien sobre la valia de la cosa, como sobre los daños, e los menoscabos que le vinieren por razon della. Pero el Judgador deue apreciar primeramente la valia de la cosa, e otrosi los daños, e los menoscabos, e señalar quantia guisada, et derecha, segund su aluedrio, fasta ol dè la jura, porque el otro non pueda auer razon de jurar desaguisadamente.

LEY 22. *Como aquel que empresto a algund ome sus dineros sobre peños, maguer sea pagado dellos, puede retener los peños, por razon de otra debda que le deuiesse.*

Sobre peños (104) deuiendo vn ome a otro marauedis, si despues con aquel mismo faze otra debda, rescebiendo del marauedis (105) con carta (106) sin peño, maguer pague la vna debda, si el otro non le quisiere tornar los peños, fasta quel pague la otra debda que le deuia con carta, bien lo podria retener (107); como quier que aquel peño non le fuesse obligado señaladamente, por la debda que despues le demanda. E esto dezimos que deue ser guardado tan solamente, a aquellos que fazen el debdo, e a sus herederos. Ca si acaesciesse, que aquel cuyo es el peño, lo empeñasse, o lo vendiesse a otro, seyendo tenedor del peño aquel a quien fue obligado primeramente; si este a quien fue empeñado, o vendido, la segunda vez, di-

(104) Aunque le prenda sea pretoria o judicial, segun la Glos. en la l. 1. C. *etiam ob chirograph. pecun.* glos. final.

(105) No importa que la deuda proceda de otra causa, con tal que sea exigible, segun la Glos. y DD. en d. l. 1 C. *etiam ob chirograph. pecun.*, de la cual esta se ha tomado; si bien Salicet. allí duda en el supuesto de deuda determinada.

(106) Lo mismo tendremos, aunque la deuda no conste de escritura, segun la Glos. en la rubr. C. *etiam ob chirograph. pecun.*, la que sigue á Azon en la Suma C. d. tít., y esta opinion es generalmente aprobada allí por los D.D., ya porque la circunstancia de que se trata no influye en el carácter de la accion, ya porque se hace mencion de la deuda con escritura por via de ejemplo. — * No deja de ser algo arriesgada esta interpretacion, atendido que mas abajo leemos, *que le deuia con carta*, y que en ningun punto habla la ley de deuda en general. A mas de que no dejara de tener graves inconvenientes el autorizar la retencion de la prenda, por una deuda que no se probase desde luego por medio de escritura: el que ha satisfecho la deuda en seguridad de la cual la cosa se hallaba hipotecada tiene su intencion fundada, ya en virtud del contrato de peño, ya como dueño presente para la reclamacion de dicha cosa; y contra un derecho tan espedito parece que no debe prevalecer el mero aserto del que dice probará por medio de testigos la existencia de otra deuda.

(107) Empero no podrá vender la prenda en fuerza de semejante crédito, glos. últ. á d. l. 1. y esta es la opinion general. Sin embargo, si el acreedor vende la prenda por el crédito á que se hallaba afecta, podrá imputar el residuo á dicha deuda, l. l. 1 y 2 D. *de compens.* y Cyno y los DD. en d. l. 1. La disposicion de esta ley tiene lugar tambien en el supuesto que el acreedor hubiese recibido una prenda bastante idónea por una deuda, y otra prenda no suficiente en seguridad de otra deuda; entónces por entrambas deudas podrá retener la prenda idónea segun Jacob. de Aret., Alberic. y Salicet. en d. ley. Por igualdad de razon procede esta ley en la hipoteca tacita, segun Alberic. en d. lug. col. 2: añád. Bart. en la l. 11. §. 5. D. *de pignor act.* No obstará segun el mismo Alberic. lug. cit. que el acreedor haya hecho remision de la deuda con hipoteca; pues que no se entiende haber renunciado al derecho de retencion. Procederá tambien esta ley, segun el mismo Alberic., en el caso que uno prestara á otro cierta cosa para darla en prenda por determinada cantidad; porque por el hecho de consentir en la hipoteca, se entiende haber consentido en la retencion, arg. l. 56. §. 2. D. *de fidejussor.* y l. 2. D. *ad municip.* [No nos parece bien esta ampliacion de la ley: el que ha prestado una cosa para que se diera en garantia de una deuda, guarde mucha analogía con un fiador el cual sale únicamente responsable de la deuda que afianzó, y por ningun término de las demás que á favor de la misma ó de otra persona haya contraido el deudor.] Tendrá tambien lugar, tanto si la deuda es anterior como si fuere posterior á la hipoteca, segun Alberic. en d. lug., siguiendo á Ubert. de Bobio. Tampoco importa que la deuda sea contrahida por el heredero del deudor, dado que se considera una misma persona con el difunto: hace el caso la l. 26 §. 9 D. *de condict. indeb.* segun el mismo Alberic. y Ubert., y lo prueba esta ley mas abajo cuando dice, *e á sus herederos.* Procede tambien esta ley, aun cuando el acreedor haya sido ya condenado á la restitucion de la prenda, por haberse satisfecho la deuda; porque la sentencia del juez no quitó ni pudo quitar este beneficio, arg. l. 5 C. *ad leg Jul. de adult.*; esceptúese si el acreedor fué condenado á la restitucion sin embargo de haber escepcionado el derecho de retencion, l. 8, §. ult. D. *de negot. gest.* y Alberic. siguiendo á Ubert.; si bien á esta decision parece oponerse lo que nota Bald. en la l. 4. C. *de tem-*

xesse al primero: Dadme el peño (108) que vos empeño fulan, e rescebid de mi lo queaueys sobre el; que a mi lo ha empeñado, o vendido; en tal caso como este tenudo es, de rescebir su debda que auia sobrel peño, et de entregar al otro la cosa que era empeñada: e non se puede escusar.

por. et reparat. appell. col. 4, vers. *dubitari potest*, al cual véase; empero no me parece admisible su decision, porque aun cuando el acreedor reciba lo debido con hipoteca, puede aun usar del derecho de retencion, como prueba esta ley y opinan los D.D. en d. l. 1., suponiendo lo contrario Bald. como fundamento de su opinion. Adviértase que la disposicion de esta ley no tendrá lugar, cuando la prenda consiste en cosa incorporal, dado que en ella no recae la posesion real, y si solo la casi posesion: Alberic. en d. lug. col. 2, citando á Ubert., sostiene que tambien procede el derecho de retencion en las cosas incorporales, pues que respecto de ellas el acreedor tiene la accion útil hipotecaria, l. 4. C. *quæ res pign. oblig. poss.*: Alberic. cita otros que sostienen lo contrario, fundados en que la verdadera posesion no recae en las cosas incorporales, l. 43. §. 1. D. *de adquir. rer. domin.*, y esta opinion parece la mas segura, porque siendo esta ley una escepcion del derecho comun, parece que sus palabras deben tomarse en su sentido riguroso, l. l. 14 y 16. D. *de legib.* Tampoco será aplicable esta ley, cuando el acreedor concedió al deudor la prenda en precario; pues que si el primero quiere revocar el precario, quedará libre la prenda, ofreciéndose la deuda, l. 11. D. *de prec.* y Alberic. siguiendo á Din. en el lug. cit. En tercer lugar si el acreedor perdió la posesion de la prenda, dado que la ley concede retencion, y no da accion: esta parece ser la opinion de la Glos. en d. l. 1, y lo mismo opina Alberic. siguiendo á Ubert.; empero Ang. allí sostiene lo contrario, entendiendo la Glos. del caso que el acreedor no hubiese jamas tenido la posesion de la hipoteca; es decir, que si la tuvo, y la restituyó, sin usar del derecho de retencion por la deuda quirografaria, podrá demandar dicha hipoteca por la condiccion *incerti*, como que habia pagado mas de lo debido; y añade ser igual la opinion de Jacob. Bulric. en la l. 40. §. 1. D. *de condict. indeb.* y en la l. 22. §. 1. D. d. tít.: y al contrario, dice, si el deudor, despues de estinguido el derecho de hipoteca, sigue en la posesion de la cosa que habia hipotecado, y luego la entrega al acreedor por la deuda quirografaria, podrá demandar dicha cosa por medio de la misma condiccion *incerti*; y así tambien opina allí Bald., si es que no sea de Ang. lo que bajo el nombre de aquél se lee. A mi me parece mas acertada la opinion de Ubert. y Alberic., atendida la l. 33. vers. *sed et si is* D. *de condict. indeb.*; y á la cit. l. 40 §. 1 puede contestarse que en el supuesto de la misma, el heredero entregó una cosa sobre la que tenia el derecho de dominio, y de consiguiente no es estraño que se le conceda demandarla, al paso que en nuestro caso se ha restituido una cosa agena, respecto de la cual no podia corresponder mas derecho que el de retencion: de la misma manera en el §. 1. se supone haberse restituido un predio no sujeto á fideicomiso, es decir, haberse pagado mas de lo que se debia. Por lo visto en entrambas leyes se trata de un derecho inherente á la cosa entregada; mientras que el de retencion por la deuda quirografaria es separado de la cosa hipotecada, ó cuando menos no inherente á ella. En cuarto lugar esceptúese de la disposicion de esta ley el caso en que el padre obliga á su hijo á tenor de la l. 2. C. *de patr. qui fil. distrah.* y de la l. 8, tít. 17, Part. 4: este caso como estraordinario no debe estenderse en sus consecuencias, Alberic. lug. cit., col. 2. Tambien debe esceptuarse segun el cit. D. el caso de la l. últ. C. *de postlim. revers.* por ser tambien especial; así como el de la l. 13, §. 8. D. *de act. empt.* Otra escepcion tenemos segun el cit. Alberic. y Ubert. en d. lug., cuando el tutor hipoteca alguna cosa del pupilo, y este pide la restitucion por entero; en lo que convengo, si el pupilo fué perjudicado en el hecho mismo de la constitucion de la hipoteca; de lo contrario, esto es, debiendo la hipoteca subsistir, el pupilo no podrá decirse perjudicado por causa de la retencion, por ser consecuencia de aquella. Otra escepcion tendremos, cuando por pacto espreso se haya prevenido que no se usará de la retencion, segun el cit. Alberic. y otros en d. l. 1. En cuanto á si respecto del fiador que paga y pide la cesion de la prenda, podrá el acreedor usar del remedio de la retencion, véanse la Glos. y los DD. en la l. 2. C. *de fidejussor.* Tampoco tendrá lugar la retencion, cuando uno adquiere el derecho de hipoteca en virtud de cesion, y quiere retener la cosa hipotecada por otra deuda, segun Cino y Salicet. en d. lug., si bien Alberic. duda: añád. Bald. en la l. 8. C. *quomod. et quand. jud.* col. 5. donde dice que este beneficio no puede cederse. Tampoco será admisible, cuando se trata de deuda penal, y esto en odio de la pena, segun Bald. en la l. 22. C. *de usur.*: ni en el supuesto que uno se sujetase á prision, podrá ser detenido despues por otra causa, segun Juan de Plat. en la l. 2. C. *de exactor. tribut.* col. 7.

(108) De estas palabras claramente resulta que la disposicion de la ley procederá, como decian la Glos. y los DD. en d. l. 1., aunque el comprador no posea la cosa comprada, esto es, cuando la pide el acreedor que la tiene en su poder; y

que lo non faga, maguer diga, que aquel que gelo empeño, le auia a dar otro debdo por carta, asi como sobredicho es.

LEY 23. *Por que razones los bienes de algunos son obligados por peños, maguer señaladamente non sea dicho.*

Por palabra se obligan las cosas a otro a peños, assi como de suso diximos, e aun calladamente por fecho. E esto seria, como si alguna muger por si, o (f) por otro, o por ella, prometiesse de dar dote a aquel con quien casasse. Ca estonce, todos los bienes della fincarien obligados (109) al marido (g), e los del otro que le prometiesse de dar por ella, fasta que la pagasse; maguer, quando prometiesse a dar la dote, non y fuesse fecha mencion de fincar los bienes obligados, del vno, nin del otro. Otrosi dezimos, que los bienes del marido fincan obligados (110) a la muger, por razon de la dote que rescibio con ella. E aun dezimos, que los bienes (111) de los Guardadores (112), de los huerfanos que son menores de veyntecinco años, fincan todavia obli-

(f). otro por ella, prometiese Acad.

(g) ó los del otro Acad.

de esta suerte opinan allí Jacob. de Aren., Cino y Alberic., si bien Salic. sostiene lo contrario en d. lug. cuest. 6.

(109) Pero respecto de esa hipoteca tácita el marido no tendrá prelacion sobre los demás acreedores, cual la tiene la muger; dado que nada se encuentra prevenido sobre este punto, como lo notan Azon en la Suma C. *de rei uxor. act.*, la Glos. en la l. un. §. 1. C. tít. cit. y Salic. en d. lug., al cual véase por lo que mira al caso que el segundo marido estipula la dote de los herederos del primero.

(110) Añád. d. l. un. §. 1. y l. 17. tít. 11. Part. 4.: véase Alberic. en d. §. 1. acerca del caso que el padre y el hijo juntos reciben la dote, ó bien el hijo solo en presencia y de consentimiento de su padre; entónces „dice, los bienes de este quedan tambien obligados: sobre lo que véase tambien al Specul. tít. *de dot. post divor. restit.* §. últ. vers. *quid si filius familias*; y así opina la Glos. en la l. 12. C. *qui potior. in pign.* glos. magistral: lo dicho tendrá lugar, si el hijo que recibe la dote no es emancipado, l. 1. C. *de filio famil. minor.* y el Specul. en d. §. últ. col. 2. vers. *sed pone filius emancipatus*: ahora bien, como segun nuestras leyes el hijo sale de la patria potestad por medio del matrimonio, el padre no responderá de la dote entregada despues de celebrado el matrimonio, aunque con consentimiento suyo la recibiese el hijo. La disposicion de esta ley tiene tambien lugar, aunque los bienes sean de un menor, Glos. y allí Bald. en la l. últ. C. *de legit. tutor.*, el mismo Bald. en la l. 1. C. *de privil. dot.* col. 2. y véase Bald. novel. tratado *de dote*, charta 22. col. 4. El pacto puesto al tiempo de recibirse la dote, acerca de que los bienes del marido no queden obligados, no producirá efecto, segun Bald. en la l. 11. C. *ad Vellej.*, al cual véase por lo que mira al mismo pacto corroborado con juramento: véase al mismo en la l. 1. C. *de privil. dot.* col. 2. y Bald. novell. trat. *de dote* fol. 24. col. 2. ¿En virtud de esta hipoteca tácita podrá accionarse contra el deudor del marido? V. Bald. en la l. 2. C. *de dot. promiss.* y al mismo y Alber. en la l. 3. C. *de hæred. act.* Goza de la misma hipoteca tácita la dote aunque se haya hipotecado espresamente alguna cosa, Bald. en la l. 29. C. *de jur. dot.* col. 4.; y véase al mismo col. 5. acerca de si los bienes del heredero que acepta la herencia del marido, quedarán tácitamente hipotecados á la muger. En cuanto á si la muger podrá dirigirse por medio de la accion hipotecaria contra los compradores de géneros vendidos por su marido, siendo este comerciante, véase al mismo Bald. en d. lug. y á Palac. Rub. en las repeticiones cap. *per vestras* sobre el testo col. 38. Nótese que tambien quedan obligados los bienes del marido á favor de las accesiones de la dote, Bald. en la auth. *ei qui jurat.* C. *de bonis auct. jud possid.* col. 15. Sobre si esta hipoteca empieza desde el dia de la promesa, ó desde el momento del contrato de matrimonio, ó desde el dia en que se paga la dote, véase al mismo Bald. en la l. 12. C. *qui potior. in ping.* y á Bald. novel. tratado *de dote*, charta 51. col. 2. y charta 34 y 35. col. 1. Nótese que si un estraño constituye la dote y estipula su restitucion, no tendrá la hipoteca tácita de que tratamos, Instit. §. 29. *de act.*, Bald. en la l. 6. C. *de jur. dot.* col. 2. y Salic. en la l. un. §. 1. C. *de act. rei uxor.* ¿Tendrá lugar en la donacion *propter nuptias*? Véase Bald. en las adiciones á la l. 2. C. *de bon. quæ liber.*, la Glos. en la l. 29. C. *de jur. dot.*, la que está por la afirmativa, Alberic. en d. l. un. vol. 3. la Glos. en la l. 12. al fin C. *qui potior. in pign.* donde espresa que, si bien hay entónces hipoteca tácita, no es privilegiada como la de la dote; y lo mismo dice la cit. l. 29.

(111) Así presentes como futuros, por ser general la hipoteca, l. últ. C. *quæ res pig. oblig. poss.*, Alberic. en la l. 20. C. *de admin. tutor.*: lo mismo debe decirse de los bienes de los fiadores y de los herederos, l. últ. tít. 16. Part. 6.

(112) Lo mismo debe decirse de los que sin ser tutores ó curadores, administran en calidad

gados a aquellos que los tienen en guarda, desdel dia que començaron (113) a vsar del oficio de la guarda, fasta que les den cuenta e recabdo, de las cosas que touieren dellos. Esso mismo dezimos que deue ser guardado, de los bienes de los omes que reciben el derecho del rey (114).

de tales, la Glos. en d. l. 20. C. *de admin. tutor.* de la cual esta se ha tomado, y añád. l. últ. tít. 16. Part. 6. Como estas leyes hablan de un modo general, se estenderán á los bienes dotales de la madre ó abuela encargada de la tutela, como latamente lo prueba Socin. consil. 126. vol 1. y Decio consil. 349. col. últ. Añádase que lo mismo tendrá lugar respecto de los bienes del que administra las rentas públicas, Glos. en la l. últ. C. *de bon. debit. civit.* y Juan de Plat. en la l. 2. C. *de jur. reipubl.*; de consiguiente los bienes de los magistrados serán responsables de la administracion de los mismos, Alberic. en d. l. 20. ¿Los del padre que administra lo que á la hija ha dejado su abuelo materno á título de dote, quedarán tambien obligados á favor de la misma? Bald. novel. tratado de dote fol. 47. col. 2. vers. *octavum speciale* sostiene la negativa, fundado en que el padre no es legítimo administrador entónces, sino que administra simplemente como padre: empero, si creyese ser administrador legítimo y como tal se hubiese hecho cargo de lo de su hija, entónces sus bienes quedarán sugetos á hipoteca, en virtud de lo que dije al principio de esta Glos. Nótese que la hipoteca tácita pesa tambien sobre los bienes del tutor ó curador *ad litem*, segun la l. 13. §. últ. C. *de judic.*, ley la mas terminante en este punto, segun Bald., y el mismo Bald. en la l. 2. C. *qui dar. tutor. poss.*: empero no quedan obligados los bienes de los simples procuradores, segun d. l. 13. §. últ. Quedarán sí sujetos á hipoteca los bienes de los fiadores, y de los herederos del tutor, á favor del pupilo y de sus herederos, Bald. en d. l.; véase la l. últ. tít. 16. Part. 6. y lo que allí dije. ¿Qué dirémos de los bienes del curador del loco ó pródigo? Parece que no se hallan afectos á hipoteca, atendida la l. 27. C. *de episcop. audient.*, la que dispone que semejante curador obligue espresamente sus bienes, con lo que indica que no resultan tácitamente obligados; hacen tambien al caso las ll. 15. §. 1. D. *de curat. furios.*, 2. D. *de eo qui pro tutor.* y últ. §. 4. C. *de curat. furios.*, junto con esta l. de Part. cuando dice, *guardadores de los huérfanos*, cuyas palabras parece escluyen los demás curadores. Empero, pesando la hipoteca tácita sobre los bienes del curador del menor, segun esta ley y la cit. l. 20., así como sobre los del *pro tutor*, parece que por igualdad de razon deberá estenderse á los bienes del que administra como curador, arg. l. 1. C. *de divers. rescrip.*, y á esto se inclina Dino citado por Alberic. en la l. 22. D. *de reb. auct. jud. possid.*, añadiendo que por igual razon deberá decirse lo mismo de todos los que se hallan bajo la direccion de otra persona, á la que se dice corresponderle la administracion plena, l. 48. D. *de admin. tutor.*: viene en apoyo de lo mismo una Glos. notable en la l. 2. C. *de curat. furios.*, la que dice que los privilegios otorgados á los menores, deben estenderse á los imbéciles y locos. A la cit. l. 27. puede contestarse, siguiendo á Bald. en la 18. D. col. 2. que su disposicion es especial de la cautela de que allí se trata. Esta es la opinion que adopto como mas justa y equitativa; sin que obste esta l. de Part., dado que los locos se equiparan á los menores, y de consiguiente cuanto se establezca respecto de estos, debe estenderse á los primeros, y á los demás de la misma clase. Tambien quedan hipotecados los bienes del prelado por la administracion de las cosas de la iglesia, cap. *illud* 12 q. 2. y cap. *lator* 2 q. 7., la Glos. y en ella Abb. en el cap. *ex litteris*, *de pignor.*, y Bald. en la l. 20. C. *de episc. et cleric.* Los bienes del magistrado que ha nombrado tutor, no quedan responsables al casi delito, ni á la negligencia, l. 1. vers. *privilegium* D. *de magistrat. conven.*, l. un. en la materia, segun Bald. allí, y alega á la Glos. en la l. 3. C. d. tít. Adviértase tambien que el privilegio que lleva consigo la accion de tutela ejercida por el pupilo, no pasa á los herederos, aunque sean descendientes, Bart. en la l. 67. §. últ. D. *de rit. nupt.* fundado en ella, añád. l. 42. D. *de admin. tutor.* junto con lo allí anotado, l. 19. D. *de reb. auct. jud. possid.* y Alberic. en d. l. 20. ¿Empero, los bienes del menor se hallarán tácitamente obligados al tutor ó curador por razon de los alimentos y demás gastos necesarios? Alberic. en d. l. 20. niega esa hipoteca, por no hallarse espresa en el derecho: añadiendo que si la deuda es líquida, tendrá el tutor el derecho de retencion respecto de los bienes del pupilo.

(113) Es decir, desde el dia en que empezaron á ser tutores ó curadores: así pues se aprueba aquí la primera opinion de la Glos. en d. l. 20., desechándose la segunda que se halla en la Glos. 1.: Salic. en d. lug. declara cual sea la accion personal á la que accede la tácita hipoteca.

(114) Añád. l. 5. §. 10. D. *de jur. immun.* y l. 25. de este tít.

LEY 24. *Como los bienes del padre son obligados en peños al fijo, fasta en aquello que le malmetio de lo suyo; maguer non fuessen obligados por palabra.*

Bienes han apartados los fijos, que son suyos (115) propiamente, que los han de parte de su

(115) Añád. l. 1. C. *de bon. mater.*, l. 6. C. *de*

madre (116). E como quier que tales bienes como estos deuen ser en poder del padre (117), e puede esquilmar los frutos (118) dellos, con todo esso, non los deue enagenar en ninguna manera (119). E si por auentura los enagenasse, fincarian porende obligados, e empeñados al fijo (120) los bienes del padre, despues de su muerte (121), fasta que rescebiesse entrega dellos, de aquello que el padre le ouiesse enagenado, o malmetido. E si por auentura, en los bienes del padre non se pudiesse entregar, porque fuessen tan pocos (122), que non compliessen, o que los ouiesse el padre embargados, o mal parados en alguna manera; entonce (123) pueden demandar

bon. quæ liber. y l. 5. tít. 17. Part. 4. Llámase tambien adventicio lo que el padre promete al hijo benemérito; y esta promesa es obligatoria, v. Bart. en la l. 17. §. 4. D. *de pact.* [La l. 6. tít. 11. de esta Part. declara sin escepcion ineficaces las promesas entre padre é hijo, cuando media la circunstancia del poder patrio; á no ser que la promesa tuviere por objeto el peculio castrense ó [casi-castrense]. La herencia que del hijo emancipado adquiere el nieto, se llama tambien adventicia respecto del abuelo, Glos. en l. 6. C. *de petit. hæred.* Pertenecen á la misma clase los bienes que los hijos adquieren directamente de su madre, aunque sea por medio de contrato celebrado por el padre, v. Bald. en la l. 1. C. *de inoffic. dot.* col. 2.

(117) V. d. l. 5. tít. 17. Part. 4.

(118) Véase d. l. 5. y lo que en ella dije.

(119) Escepto para pagar alguna deuda ó legado, ó que se tratase de cosas que fuesen gravosas á la herencia, l. últ. §§. 4 y 5. C. *de bon. quæ liber.* En los casos que el padre puede vender las cosas del hijo, no necesita de autorizacion judicial; si bien ella es indispensable al tutor; y no es de estrañar que al poder patrio, como natural y primitivo, se le dé mayor estension, que á la autoridad del tutor: así opina Azon en la Suma C. *de bon quæ liber.* col. últ. vers. *et pro conservatione.*

(120) Al efecto de conseguir la cosa enagenada por el padre, ó el precio de ella, Azon en la Suma C. *de bon. quæ liber.* y la glos. 1. á la l. 6. §. 2. C. d. tít. Nótese que en caso de enagenacion ilícita, los bienes del padre se entienden obligados desde el principio de la administracion; de consiguiente si antes de enagenar los bienes adventicios del hijo, contrajo alguna deuda con hipoteca, el hijo será preferido á los acreedores, segun Bald. y Paul. en d. l. 6. §. últ., fundados en ella. —* Parece que en todo caso la fecha de esta hipoteca deberá contarse desde el momento en que el padre se hizo cargo de los bienes de que se trata, porque entónces empieza para él la obligacion de administrar bien y de dar cuenta de sus actos: lo mismo deberá decirse de la hipoteca que tienen los pupilos y menores, sobre los bienes de los tutores ó curadores; y así lo establece indistintamente la cit. l. 6. §. últ. lo que ya indica Greg. Lopez en la Glos. sig.

(121) No se entienda que esta hipoteca nazca despues de la muerte: origínase desde el principio, como dije en la glos. anterior y se espresa en d. l. 6. §. últ.; empero el hijo no puede hacer uso de la accion hasta despues de la muerte del padre, porque antes no le compete la administracion, á no ser que fuere emancipado, en cuyo caso podrá instituir la accion hipotecaria, viviendo su padre.

(122) Luego podrá valerse de la accion hipotecaria, aunque el padre haya dejado bienes, si estos no bastan.

(123) Segun esto tendrémos que, si el padre ha dejado bastantes bienes, de modo que pueda satisfacerse el precio de la cosa enagenada ilícitamente, el hijo no podrá dirigirse por medio de la accion de dominio contra el tercero poseedor de dicha cosa; lo que parece algo duro y contra lo prevenido en la l. 1. C. *de bon. mater.* y en la l. últ. §. 5. *de bon. quæ liber.*: así pues nuestra ley habrá derogado en parte el derecho romano. [Por mas que esta ley deba resultar derogatoria del derecho romano, no podemos dejar de tomarla en su sentido literal; no hallándose cláusula alguna en la misma, ni en otra ley alguna de las Partidas, en que puedan fundarse las interpretaciones que en seguida indica Greg. Lopez, interpretaciones que él mismo reconoce ser aventuradas]. Sin embargo podria su disposicion entenderse del caso que el hijo eligiese el precio en vez de la cosa misma, instituyendo la accion personal contra los herederos del padre, y la hipotecaria contra los poseedores de los bienes del mismo: sin perjuicio de usar, si lo creyese mas conveniente, de la accion de dominio contra el tercero poseedor de la cosa de su propiedad enagenada por el padre, aun cuando los bienes de este fuesen suficientes para el pago del precio. Pudiera tambien interpretarse esta ley, diciendo que en los casos en que el padre puede enagenar, indicados mas arriba, los terceros poseedores no podrán ser incomodados; con la circunstancia que si padre no emplea el precio en provecho del hijo, este deba dirigirse primero á los herederos de aquél, y que solo pueda reconvenir á los terceros poseedores, cuando no bastan los bienes que ha dejado el padre. Empero á esa interpretacion se oponen las palabras de esta ley, las que se refieren al supuesto de ser la enagenacion ilícita: á mas de que si la enagenacion fué lícita, parece que no

sus bienes a quien quier que los fallen, e deuen los cobrar. E esto se entiende, quando non quisieren heredar, nin auer parte en los bienes del padre. Ca si quisiessen heredar en ellos, entonce (124) non podrian demandar los sus bienes propios, a aquellos a quien los ouiesse el padre ena-

puede caber derecho en el hijo para dirijirse contra los terceros poseedores por la sola circunstancia de no haberse invertido el precio en provecho suyo, toda vez que aquellos celebraron un contrato con persona autorizada, arg. l. últ. D. *de exercit.*, l. 8. §. 8. D. *quib. mod. ping. vel hipot. solv.*, Bart en la l. 9. D. *de alim. et cib. legat.* col. últ. vers. *quæro quid si dicitur*, y en la auth. *hoc jus porrectum* C. *de sacros. eccles.* vers. *quæro dicitur hic*: si bien obsta á lo dicho lo anotado por Alberic. en la l. últ. §. 4 C. *de jur. deliber.*, á saber que, si el heredero convierte en su provecho el precio de las cosas hereditarias vendidas para el pago de deudas ó legados, no quedarán enteramente asegurados los compradores, segun d. l. vers. *si vero ibi quarum pretia*; véase allí Bald. siguiendo á Oldrald. col. últ. y la l. 5. §. 9. vers. *ne tamen* D. *de reb. eor. qui sub tutel.* y allí Alberic. y Bald.; lo que tiene analogía con las autorizaciones reales para enagenar bienes de mayorazgo con la cláusula de subrogacion. Podria tal vez decirse que esta ley de Part. habla de las cosas fungibles enagenadas por el padre: entónces no sería estraño que, siendo suficientes los bienes paternos, se denegara al hijo la accion contra los terceros poseedores; al paso que tratándose de cosas no fungibles, se seguiria el absurdo de tener que recibir el hijo una cosa por otra, y de consiguiente debiera dársele desde luego la accion real contra los terceros poseedores. Apoya esta interpretacion lo anotado por Ang. en la Novel. 108, cap. 2. vers. *ex illo suppleri*, cuyas palabras pongo á continuacion por ser raro el libro de Ang.: *nota diligenter istum text. quod ille, qui rogatus est de restituendo quidquid ex hæreditate supererit, quod si alienat tres partes, et aliquid tangit de quarta, vel etiam alienat totam quartam; quod ita demùm fidei commissarius potest agere contra possessores illius quartæ, si rogatus de restituendo non habet de patrimonio suo tantum, quod fideicommissario ex patrimonio hæredis satisfieri possit; et iste text. videtur singulariter limitare l. fin.* §. 2. *C. commun de legat. quæ dicit, quod res, quæ subjacent restitutioni ex voluntate defuncti in conditionis eventum, si alienantur per hæredem, possunt vindicari, existente conditione, per fideicommissarium; nam istud est verum, quando rogatus de restituendo non habet de patrimonio suo tantum, quod satisfacere possit fideicommissario pro his, quæ alienavit. Per hanc litteram, quod an sit verum cogitabis: quia videtur debere dici contrarium, sive habeat, sive non: ratio, quia si diceremus, quòd posset hæres satisfacere de suo patrimonio, jam posset fideicommisario, qui est creditor, solvi aliud pro alio: cum fideicommissario debeatur species per testatorem relicta in conditionis eventum, et secundùm hoc, posset hæres dare aliam speciem in recompensationem illius, vel æstimationem, quod videtur absurdum, ut in l. 2. D. si cert. pet. et ad istum* §. *posset responderi, quòd res alienatæ per hæredem consistebant in pondere, vel mensura, ita quòd in suo genere recipiebant functionem, et ideo devenitur ad determinationem istius* §.*; sed ubi non recipiunt functionem in suo genere, tunc non sequitur absurditas prædicta, et fideicommissarius res alienatas vendicare poterit, etiamsi hæres habeat, unde satisfacere possit.* Pudiera tambien entenderse esta ley como que se refiriese á las cosas dotales estimadas; de modo que el hijo no tuviese accion para vindicar las que fueron enagenadas por el padre, á no ser que este fuese insolvente, segun lo dispuesto en la l. 30. princ. C. *de jur. dot.* y allí la Glos. sobre la palabra *æstimatæ*; y observándose lo contrario cuando las cosas dotales fuesen inestimadas. Y á la verdad, para poner de acuerdo esta ley de Part. con el derecho comun, y al efecto de evitar un absurdo, es preciso escoger entre la primera, la tercera ó la cuarta interpretacion, por mas que parezcan algun tanto aventuradas. Por medio de esta ley puede sostenerse que si el padre ha fundado un mayorazgo á favor del hijo del segundo matrimonio sobre bienes comprados con el dinero perteneciente á los hijos del primero; puede sostenerse, digo, que este mayorazgo subsistirá, limitándose el derecho de los hijos del segundo matrimonio á la demanda del dinero que les pertenecia; y viene en apoyo de esto lo anotado por Bald. en el §. pen. *de his qui feud. dar. poss.* col. 4. allí *et nota quod in feudis non refert cujus pecunia* etc. En los casos en que, teniendo bienes el padre, no pueden ser reconvenidos los terceros poseedores, ¿deberá el hijo proceder á la escusion de los bienes paternos antes de accionar contra tales poseedores? Véase lo que sobre una cuestion semejante dice Paul. de Castr. en la l. últ. princ. D. *de eo per quem fact. erit*, á saber, que, siempre que por la ley no se prescribe el modo con que uno debe ser reconvenido con preferencia, bastará que el actor sepa que es insolvente, y que así lo refiera y atestigue en el libelo.

(124) Añád. l. 14. C. *de rei vindic.* junto con la Glos. ¿qué dirémos si los hijos hacen inventario? V. Glos. en la l. últ. §. 9. C. *de jur. delib.* y allí Alberic., Bald. y Alex. Entiéndanse esta ley y otras semejantes bajo el supuesto de ser obligatorio el hecho del difunto, de modo que produzca accion ó escepcion; de otra suerte el heredero podrá contravenir á lo hecho por

genado, segund que es dicho: porque todos los pleytos derechos (125) que el padre hobiesse fechos (*h*), serian tenudos de guardar, e de non venir contra ellos, despues que fuessen herederos.

LEY 25. *Como la cosa comprada de los bienes del huerfano, deue ser obligada a el; e los bienes de aquellos que han a dar pecho, o renta al Rey, son obligados a ella.*

Comprada seyendo algũna cosa de los bienes de algũnd huerfano menor de catorze años, aquella cosa siempre finca obligada (126) al huerfano, fasta que cobre aquel precio, por que la compro. Otrosi dezimos, que si alguno fuere tenudo de dar algund tributo (127) al Rey, que todos sus

(*h*) serie tenudo el fijo de guardar et non venir contra ellos, pues que fue su heredero. Acad.

su antecesor, como dice una glos. notab. y allí Bart. en la l. 38. D. *solut. matrim.* ¿Y si el padre enagenase bienes sugetos á restitucion, cual los de mayorazgo y los feudales, podrá el hijo heredero demandarlos? Ang. en la l. 114. §. 15. D. *de legat.* 1. dice, que no podrá revindicarlos el heredero por el mero hecho de haberse enagenado contraviniendo á la prohibicion; á no ser que este se hallara instituido únicamente en la legítima; entónces privarle de vindicar lo enagenado, seria imponerle gravámen en la legítima, á lo que no alcanzan las facultades del padre, l. 32. C. *de inoffic. testam.* junto con d. l. 14. C. *de rei vindic.*, y Alberic. y Alex. en d. l. últ. §. 9.: á lo que dice Ang. en primer lugar se oponen las ll. 1 y 2. C. *si quid in fraud. patron.* y fundado en ellas Bart. en la l. 2. C. *de innoffic. donat.*, dice que, si el heredero no ha recibido del difunto lo que le correspondia, puede contravenir á lo obrado por este: hace tambien al caso una glos. notab. en el cap. 1. §. *hoc quoque, de succes. feud.* sobre la palabra *investire*, la que dice que el hijo sucediendo al feudo paterno, no debe respetar lo obrado por su padre, aunque sea heredero de este, si el derecho á la sucesion le proviene de sus mayores: véase Andr. de Iser. en d. lug. y en el cap. 1. al fin, *qui success. teneant.* y en el cap. 1 *an agnatus vel filius,* y Jas. consil. 56. vol. 3. Sin embargo de lo dicho, parece que, admitiendo el hijo la herencia paterna, no podrá vindicar los bienes feudales, ó amayorazgados, ó de otra suerte sujetos á restitucion, que enagenó el padre: si bien que, haciendo inventario, no quedará sugeto á respetar lo obrado por el padre, mas allá de lo que alcancen los bienes de este, d. l. últ. §. 9. C. *de jur. delib.* y Bald. en la l. 6. C. *und. liber.* Empero sino hizo inventario el hijo heredero universal, deberá respetar las enagenaciones hechas por el padre, como si él las hubiese verificado, segun Bald. en d. lug. col. 7. Ahora, si el hijo fuese heredero de una parte de los bienes tan solo, á prorata de ella se le denegará la accion para vindicar lo enagenado por el padre, segun d. l. 14; empero si hizo inventario, solo deberá respetar dichas enagenaciones en cuanto monte el valor de la parte de la herencia que le ha tocado, Bald. y otros en d. l. últ. §. 9. y añád. Decio consil. 185. col. 3. vers. *ad abundantem tamen cautelam* y la l. 3. princ. D. *si quid in fraud. patron.* junto con la Glos., donde se dice que, si el heredero instituido en parte de la herencia no hizo inventario, deberá respetar lo enagenado por el difunto en su totalidad, aunque de otra suerte él hubiese tenido derecho para revocarlo: empero es mas probable que entónces solo quedará privado en parte del indicado derecho; y que podrá ejercerlo en su totalidad, si, habiéndose hecho inventario, resulta despues ser nulo el haber hereditario. No debe perderse de vista lo que dice bellamente Alberic. en d. l. últ. §. 9. col. pen. vers. *si autem emptor*, á saber, que si el interés de afeccion lleva al hijo á recobrar la heredad vendida por su padre, por ser ella de abolengo, l. 35. D. *de minor*; entónces, habiendo hecho inventario, no deberá denegarse al hijo la accion para revindicarla, pues que no debe hallarse perjudicado á causa del inventario; si bien estará tenido al saneamiento, aunque haya recibido únicamente la legítima, ó menos que ella; pero su obligacion en esta parte queda limitada á la cantidad á que asciendan los bienes hereditarios. Debe tenerse presente esta decision, ya por la autoridad de Alberic., ya porque sobreviene á cada paso esta cuestion en la práctica, cuando se trata de bienes de mayorazgo: empero tal vez esta decision seria desatendida por los tribunales. Por fin ¿qué dirémos si el padre no enagenó y si solo consintió en la enagenacion? Véase Bald. en el §. *quoque success. de. feud.* col. últ. y la l. 160. D. *de reg. jur.*

(125) Añád. l. 7. C. *de restit. milit.*, l. 3. C. *de reb. alien. non alienand.* y l. 7. C. *de liberal. caus.* Acerca los casos en que el sucesor debe respetar lo obrado por su antecesor, véase Alberic. en la l. 4. C. *de leg.*

(126) Añád. l. 7. D. *qui potior. in pig.*, la Glos. en la l. 17. C. *de pignor.* y en la l. 13. princ. D. *de reb. eor. qui sub tutel.*, donde se espresa que debe observarse lo mismo, cuando con el dinero de un pupilo se compra para otro pupilo; y véase lo que dije en la l. 49. tít. 5. de esta Part.

(127) Añád. l. 1. C. *si propter public. pensitat.* y l. 1. C. *in quib. caus. pig. vel hypot. tacit.*: apruébase aquí la opinion de Jacob. de Raven., segun el cual esta hipoteca no se concreta á los bienes

bienes deste fincan obligados al Rey (128), fasta que paguen aquel tributo. Esso mismo dezimos, que todos los bienes de aquellos que cogen los pechos del rey, o que fazen algunos pleytos (129) de arrendamientos con el, o de otra manera qualquier, para recabdar sus derechos, como de suso diximos (130), le fincan obligados (131), fasta que cumplan aquel pleyto que pusieron con el. Pero los bienes de la muger (132) del que tal pleyto fiziesse, assi como su dote, o los bienes que fuessen della propriamente, non se entiende que fincan obligados por tal razon.

LEY 26. *Quando los bienes de la Madre son obligados a los fijos; e los del testador, a los que han de recebir las mandas; e la casa, o naue, o otra cosa, por lo que se gasto en repararla*

Marido (133) de alguna muger finando, si casasse (134) ella despues con otro, las arras, e las

tributarios, sino que se estiende tambien á los demás. Pedro la concretaba á los primeros, como dice Alberic. en la cit. l. 1. Adviértase que Alberic. en la l. 2. d. tít. entiende al parecer esta hipoteca del caso que el tributo se paga por razon de la cosa, y no de las cargas ó derramas que se imponen á las personas con proporcion á su fortuna. Empero, no distinguiendo esta l. de Part., debemos entenderla de cualquier tributo que se deba al rey: y hace al caso lo que dice Juan de Plat. en la l. 1. C. *de annon. et tribut.* en la rubr., á saber, que la palabra tributo proviene de que se imponia repartiéndose por tribus. Con todo viene en apoyo de la decision de Alberic. lo anotado por la Glos. en la l. 1. §. 1. D. *de public. et vectig.* sobre la palabra *pendant*, donde marcando la diferencia entre el vectigal y el tributo, dice, que este se paga por razon del inmueble que se posee, llamándose tambien censo; y que, siempre que la ley habla de tributos, se refiere á las propiedades y á sus poseedores quienes deben prestarlo; cuya glos. dice ser muy notable Bald., en el cap. 1. al fin *de milit. vasall. qui contum. est*: lo mismo que Alberic. opina la Glos. en d. l. 1., al esponer la palabra *censentur*, pues equipara el censo al tributo. Sin embargo, parece debemos atenernos á lo que llevo dicho, dado que la palabra tributo abraza toda especie de contribucion, segun el cap. 2. *de cens.* y el cap. *magnum* 28. 11. q. 1. Por lo que mira á si el fisco que acciona por razon de los tributos, es preferido á los demás acreedores, véanse la Glos y Bald. en d. l. 1. C. *si propt. public. pensitat.*

(128) Lo mismo dirémos de los diezmos respecto de la iglesia á la cual se deben, segun Alberic., siguiendo á Jacob. de Raven., en la l. 1. C. *in quib. caus. pig. vel hypot. tacit.*, el cual alega la Glos. en el cap. *si quis laicus,* 16 q. 1. la que no habla de todos los bienes. Abb. en el cap. *tua nobis, de decim.* col. 2. glos. 1., limita la hipoteca á la cosa sujeta al diezmo.

(129) Añád. l. 2. C. *de privil. fisc.* y l. 2. C. *in quib. caus. pig. tacit. contrah.*

(130) En la l. 23. de este tít. al fin.

(131) Empero, por causa de delito el fisco no tiene hipoteca tácita, á no ser despues de la sentencia, ó que se haya dilinquido en la administracion fiscal, segun Bart. y Juan de Plat. en la l. 1. C. *pœn. fiscal. credit. prœfer.*, Bart. en la l. 46. §. 3. D. *de jur. fisc.* y en la l. 15. D. *de donat.*, y los DD. modernos en la l. 10. princ. D. *de pact.* y allí latamente Alex. ¿La iglesia adquirirá hipoteca tácita sobre los bienes del que con ella contrata? Alberic. en d. l. 2. C. *in quib. caus. pig. vel hypot. tacit.* está por la negativa, fundado en que no se encuentra esto prevenido en parte alguna, lo que viene en apoyo de lo que dije en la l. 19. tít. 8. de esta Part.: lo mismo dice Bald. en la l. últ. C. *de sacros. eccles.*, esceptuando el caso de la Novel. 7. cap. 3. §. 2. á saber, cuando el enfiteuta de la iglesia deteriorase el predio.

(132) El derecho romano atribuye igual hipoteca al erario, aun en el caso que el deudor fuese el centurion primipilario, escepto que entónces venian comprendidos por la dote de la muger, l. 4. C. *in quib. caus. pig. vel hypot. tacit.*, y los bienes que á los hijos les hubiesen provenido de su padre: llámase primipilario el que lleva el primer estandarte en el combate, Juan de Plat. en la rubr. C. *de primipil.* y l. 16. tít. 9. Part. 2.; hoy dia se llama *alferez*: la razon porque en este caso la dote de la muger y los bienes de los hijos quedan obligados, consiste segun Abb. en el cap. *ex parte de consuet.*, en que, hallándose la persona del primipilario espuesta á grande riesgo, se creyó conveniente estender la responsabilidad de su mala administracion, á la dote de la muger y á los bienes de los hijos; y segun Nicol. de Mata., tuvo esto por objeto impedir que las instancias de su muger y la afeccion paternal le indujeran á faltar á sus deberes: y de aquí infiere Abb. la validez de los estatutos de Florencia que previenen quedar sujetos á responder de la quiebra del padre los bienes de los hijos y de la muger: véasele en d. lug.

(133) Lo que aquí se dice de los bienes de la muger, es aplicable á los del marido, si aquella premuriese, l. 8. §. 4. C. *de secund nupt.*

(134) Si pues no pasa á segundo matrimonio, no tendrá lugar la disposicion de esta ley, l. 5. §. últ. y l. 6. §. últ. C. *de secund. nupt.*; sin embargo véase lo que se previene en la l. 1. tít.

donaciones (135), que el marido finado le ouiesse dado en saluo fincan a sus fijos (136) del primer marido; e deuenlas cobrar, e auer despues de la muerte de su madre: e para ser seguros des-

2. lib. 3. del Fuero Real, y en la l. 51. de Toro.

(135) Añád. l. 6. §. 2. C. *de secund. nutp.*, y dígase lo mismo de toda suerte de bienes que la muger adquirió del marido á título lucrativo, ya entre vivos, ya por causa de muerte, ll. 3. 4. y 5. C. *de secund. nupt.* ¿Qué dirémos de los gananciales? Lo mismo tendrá lugar respecto de ellos, segun Bald. en la auth. *uxore* y en la auth. *ex testamento*, col. últ. vers. *sed statim*, C. d. tít. Sin embargo, el mismo Bald. sostiene lo contrario en la l. últ. al fin C. *de bon. matern.*; fundándose en ella, dice que tales bienes no los adquiere de la muger el marido, ni viceversa, y si directamente por la ley, véanse las adiciones de Bald. en d. auth. *ex testamento:* atendido el rigor del derecho, creo procedente la opinion de Bald. en d. l. últ., si bien la contraria es mas equitativa y favorable á los hijos. — *Quedan sujetos á reserva: 1.º los bienes que el conyuge que pasa á segundo matrimonio adquirió del difunto, á título de donacion, legado, fideicomiso, institucion de heredero ó cualquier otro que sea de la clase de los lucrativos, segun esta l. de Part. y la l. 3. C. *de secund. nupt.*: 2.º los bienes que dicho conyuge sobreviviente adquiriese sucediendo *ab intestato* á uno de los hijos del primer matrimonio, ya sea antes, ya despues de haber contraido segundo matrimonio; es decir aquellos bienes que procediesen del conyuge difunto, Nov. 32. cap. 46. §. 2.; y no los que el hijo hubiese adquirido de otra parte, d. §. 2. Tampoco quedan sujetos á reserva los bienes que el padre ó madre adquiere de su hijo por testamento, sea cual fuere la procedencia de los mismos, d. cap. §. 1. De los gananciales puede tambien disponer el conyuge, aunque pase á contraer segundo matimonio, l. 6. tít. 4. lib. 10. Nov. Rec.—De los bienes sujetos á reserva pierde la propiedad el conyuge que pasa á segundo matrimonio, cuya propiedad adquieren al momento los hijos del primero, l. 3. cit. y Nov. 2. cap. 2.: dicho conyuge retiene únicamente el usufruto, y de consiguiente será nula cualquier enagenacion que verifique, ó almenos se revocará luego de su muerte, dd. ll. En cuanto á las enagenaciones hechas durante la viudez, no puede dudarse que en su principio son válidas, pero es cuestionable, si se revocarán ó no en virtud del segundo matrimonio: lo mas probable es que los hijos podrán vindicar las cosas enagenadas luego de haber fallecido su padre ó madre; porque si bien este tenia la propiedad y usufructo cuando las enagenó, dependia la primera de una especie de condicion impuesta por la ley; véase Ant. Gomez en los comen. á la l. 15 de Toro núm. 4. — A los bienes sujetos á reserva son llamados en porciones iguales los hijos del primer matrimonio sean ó no herederos de su padre ó madre; si alguno de ellos hubiese premuerto, la parte de este se adjudicará á sus hijos, Nov. 22. cap. 26. §. 1. — El gravámen de la reserva pesa de la misma manera sobre el marido que sobre la muger, l. 7. tít. 4. lib. 10. Nov. Recop.

(136) Y los adquieren los hijos como preferidos á la madre, y no en calidad de herederos de ella: de ahí es que no los imputan a la legítima materna, Glos. en la Novel. 22. cap. 27, y Bald. en la l. 3. princ. C. *de bon. quæ liber.* ¿Esta reserva tendrá tambien lugar, cuando el abuelo ó abuela, ú otro ascendiente pasare á segundo matrimonio? Así parece indicarlo la l. 5. princ. y la auth. *si tamen* C. *de secund. nupt.* y en ella Bald., y lo mismo sienta Mathesilan en su tratado *de succession. ab intest.* fol. 6. col. 1. cuyos argumentos recopila Ang. Aret. en el §. 3. Instit. *de S. C. Tertul.* col. pen., donde trata de si los abuelos y demás ascendientes tendrán en su caso iguales derechos que los padres á la sucesion *ab intestato*; y concluye por la afirmativa, fundado en la l. 5. princ. junto con la glos. 1. y en d. auth. *si tamen:* ahora, como en este caso, segun él, hay mayoría de razon, dado que á la herencia del hijo tienen mayor derecho el padre y la madre, que los abuelos, segun la auth. *defuncto* C. *ad Tertul.*; luego si se impone pena de privacion á la madre que pasa á segundo matrimonio, con mayor motivo debe suponerse impuesta al abuelo ó abuela: empero limita allí lo dicho á los bienes que el abuelo adquirió de un nieto, siendo procedentes de la consorte del primero; dado que se hizo agravio á su difunta consorte por medio del segundo matrimonio; mas no se le privará de la propiedad de los bienes que su hijo, el padre del nieto, no adquirió de su padre ó madre, esto es, del consorte de este que pasa á segundo matrimonio; lo que, dice, deducirse *á sensu contrario* de la cit. l. 5.; á lo dicho añade, que así como la madre que pasa á segundo matrimonio, queda únicamente privada de la propiedad de los bienes que adquirió de su padre el hijo al cual ella sucedió *ab intestato*, y no de los que dicho hijo adquirió de su abuela, como lo nota Bart. en d. auth. *ex testamento;* de la misma suerte á la abuela materna en igual caso deberá privársele únicamente de la propiedad de aquello que al nieto le provino de los bienes de su abuelo. Lo dicho debe tenerse muy presente por su utilidad en la práctica, y lo recomienda Ludovic. Bolon. en las adiciones ad Mathesil.; y añád. d. l. últ. vers. *quam observationem* C. *de secund. nupt.* En cuanto á si

to los fijos, fincanles porende obligados, et empeñados (137) calladamente todos los bienes de la madre. Esso mismo dezimos que seria, si muriesse el marido de alguna muger de quien ouiesse fijos, e teniendo ella en guarda a ellos, e a sus bienes, se casasse otra vez; que fincan entonce (138) todos los bienes de la madre obligados a sus fijos, et aun los de aquel (139) con quien casa, fasta que hayan guardador, e que les den cuenta, et recabdo de lo suyo. Otrosi dezimos, que los bienes de cada vn ome que fiziesse mandas en su testamento, que fincan obligados (140)

el padre ó la madre, al pasar á segundo matrimonio, deben caucionar la restitucion de los bienes sujetos á reserva, véase la Glos. sobre la palabra *conjuncta* y allí Bart. en la Novel. 22. cap. 23., donde concluye por la afirmativa.

(137) La l. 6. §. 2. C. *de secund. nupt.* comprende de un modo espreso los bienes presentes y los futuros; de consiguiente podrá concluirse que los bienes futuros vienen tambien comprendidos en la hipoteca tácita.

(138) Añád. l. 6. C. *in quib. caus. pig. vel hypot. tacit.*

(139) Véase la cit. l. 6., donde los DD. dicen, que al que se casa con una viuda, debe dársele caucion de indemnidad.

(140) Añád. l. 1. C. *commun. de legat.* y l. 4. D. *de separat. bonor.*, fundado en la cual, decia Dino, que esta hipoteca tácita procede de las ll. del Digesto, como lo refiere Bald. en la l. 3. C. *ut in possess. legat.*, donde puede verse si en virtud de la hipoteca serán preferidos los legatarios á los acreedores quirografarios. Adviértase que esta accion hipotecaria compete en los mismos casos que la personal, y á tenor de la distincion que hace la cit. l. 1. vers. *in omnibus*, y nótalo Bald. en la l. 3. D. *de alim. et cibar. legat.* En lo dicho puede fundarse la decision de Bald. en la l. 1. C. *si omiss. caus. testam.*, col. últ. vers. *et idem dico*, á saber, que en los paises donde se halle establecido que los legados se deban, aunque la herencia no se admita (cual por las leyes de nuestro reino); que entónces los bienes del difunto no quedan tácitamente obligados al pago de los legados, si el fuero ó estatuto así no lo previene; atendido que semejante estatuto se separa completamente de los principios de derecho comun; y atendido además, que la hipoteca no puede subsistir sin accion personal, de la que sea accesoria: esta decision, si es cierta, merece tenerse presente por lo que mira á la disposicion de la l. 1. tít. 2. lib. 5. del Orden. Real. Empero opino que, como el testamento subsiste por la cit. l. del Reino, y se deben los legados, competerá tambien la accion hipotecaria, á lo menos la útil; pues que es innegable que puede implorarse el oficio del juez para semejantes legados, segun Bart. en la l. 1. al fin. D. *de legat.* 1.; y por consiguiente á dicho oficio, como equivalente de la accion personal, accederá la hipotecaria útil. Empero la duda está en si en el caso de d. l. del Reino, podrá implorarse el oficio del juez, atendido que á él no se dirigen las palabras de la misma; y además porque, ni aun cuando se trata de legados piadosos, cabe implorar dicho oficio, segun la opinion general, si la herencia no ha sido aceptada: así es que Alex. en d. l. 1. col. 10 adopta y corrobora la opinion de Bald. Empero Socin. en d. lug. dice, que semejante estatuto ó ley, no podrá tener efecto de otra suerte, que nombrándose á instancia de los legatarios un curador de la herencia; curador que se nombra siempre á instancia de parte interesada, segun la l. 2. D. *de curat. bon. dand.* y contra del cual el pretor, segun d. l., concede en clase de útil la misma accion que contra de los herederos hubiera sido directa: á lo que es consiguiente la posibilidad de la hipoteca: á esto se agrega que, si d. l. quiso que subsistieran los legados, fué tambien su voluntad, que los legatarios tuviesen los medios introducidos para asegurar el pago, arg. l. 2. D. *de jurisd. omn. jud.*, con otras semejantes. El testador podrá prevenir que no tenga lugar dicha hipoteca tácita, Glos. en la l. 2. C. *ut in possess. legat.* y Bald. en la l. 1. C. *de his quæ pœn. nom.*, digan lo que quieran Pedr. y Cyn. en d. l. 2. ¿El derecho de hipoteca del legatario comprenderá las cosas que especialmente se hubiesen legado á otros? Bald. en d. l. 1. C. *commun. de legat.* col. 4. está por la negativa: véanse tambien Ang. y Paul. en la l. 82. D. *ad leg. Falcid.*, donde el primero esceptua el caso en que la herencia no basta para el pago de todos los legados; entónces, dice, entrarán en concurrencia el legatario de cantidad y el de cosa determinada, haciéndose entre ellos la division á prorata, y se funda en d. l. 82.: sobre este punto véanse Paul. de Castr. en la l. 79. D. *de legat.* 1. y Alex. en las ll. 16 y 36. §. 4. D. *ad leg. Falcid.* Por lo que mira á si los hijos tienen hipoteca tácita sobre los bienes del padre, por razon de la legítima ó suplemento de ella, véase Decio consil. 235, col. últ. 4 duda. —*Esta hipoteca tácita tenia de particular por derecho romano, que, siendo dos ó mas los herederos, la porcion de cada uno no se hallaba afecta á la totalidad del legado, y si solo por aquella parte á que está obligado al pago del mismo; es decir, que el legatario no puede conseguir de uno de los herederos, en virtud de la accion hipotecaria, mayor cantidad que la que pudiera exigir de él, instituyendo la accion personal, l. 1. al fin C.

a aquellos a quien fizo las mandas, fasta que sean pagados dellas. E aun dezimos, que si algun ome rescibiesse de otro marauedis prestados, para guarnir alguna naue, o para refazerla, o para fazer (141) alguna casa, o otro edificio, o para refazerlo; que qualquier destas cosas en que fuessen metidos (142), o despendidos los marauedis, fincan obligadas calladamente a aquel que los empresto.

LEY 27. *Como aquel que rescibe la cosa en peños primeramente, ha mayor derecho en ella, que el que la rescibe despues; fueras ende en cosas señaladas.*

Guisada cosa es, e derecha, que aquel que rescibe primeramente (143) la cosa a peños, que mayor derecho aya en ella, que el otro que la rescibe despues. Pero casos y ha, en que non se-

comm. de leg. A pesar de que esta ley de Part. no espresa semejante particularidad, se entiende por la generalidad de los escritores la hipoteca de los legatarios, á tenor de lo prevenido por Justiniano en la cit. l. del C.; y no hay duda que de esta suerte la ley se acerca mas á la presunta voluntad del testador.

(141) Desecha la opinion de la Glos. en la l. 5. D. *qui potior. in pig.*, glos. últ. al fin, sostenida allí por Bart., y por Ang. en la l. 34. D. *de reb. auct. jud. possid.*, opinion que parece la general por derecho comun, á saber, que si se prestó para construir casa, nave ú otra cosa, no compete hipoteca tácita sobre la misma, y si solo accion personal privilegiada. Esta ley de Part. atribuye en semejante caso el derecho de hipoteca, de conformidad con la Glos. en la Novel. 97, cap. 3 princ. sobre la parte *agrum.* Téngase presente esta ley de Part., pues que por las leyes romanas parece procedente la opinion de la Glos. en d. l. 5; pudiendo contestarse á la cit. l. 34. D. *de privil. credit.* y á d. Novel., que no hablan de la hipoteca tácita, y sí del privilegio de la accion personal, por lo que mira al que prestó para edificar una casa, ó fabricar una nave; y d. Novel. se refiere á las leyes antiguas que hablan del que prestó para reparar casa ó nave: sin embargo, la razon es la misma, ya se preste para reparar, ya sea para fabricar de nuevo; así es que podria decirse que, atendiendo al espíritu de las leyes antiguas, quiso el emperador en d. cap. 3., igualar á estos acreedores; y viene en apoyo de esta interpretacion contraria á la opinion de la Glosa, el hablar espresamente de la hipoteca el cit. cap.: así lo entiende Ang., tomándolo como obstante. Esta ley de Part. decide la cuestion, como llevo dicho.

(142) Nótense estas palabras, de las que resulta que deberá constar la inversion del dinero para uno de los objetos que aquí se indican; y prueba lo mismo la l. 6. D. *qui potior. in pig.*; si bien arguye lo contrario la l. últ. D. *de exerc.*, y lo que dije en la glos. 123; empero en los lug. cit. se habla del caso en que no se interpone el interés del tercero, á quien los bienes estuviesen hipotecados.

(143) Ya sea general, ya especial la hipoteca, ll. 4 y 6. C. *qui potior in pig.*, ll. 2 y 8. D. d. tít. y l. únic C. *rem alien. gerent.*, la que quiere que la hipoteca tácita anterior sea preferida á la espresa, y así opinan Bart. en la l. 28. D. *de jur. fisc.*, y Juan de Plat. en la l. 1. C. *pœn. fiscal. credit. prœfer.* ¿El que tiene hipoteca general y anterior, será preferido tambien respecto de los bienes adquiridos posteriormente? Véase Bart. en d. l. 28., Salic. en la l. 7. C. *qui potior. in pig.*, y l. 6. §. 1. vers, *omnibus* C. *de secund. nupt.* y allí Bald.: Bart. siguiendo á Jacob. de Aret. y á Oldrald., está por la afirmativa, y su opinion parece ser la general. ¿Y si ha perecido la cosa hipotecada, el acreedor preferente podrá dirigirse por medio de la accion hipotecaria contra el que la habia vendido, y hasta donde alcance el precio que recibió? Así opinan la Glos. y Bart. en la l. 1. D. *de distract. pig.*, cuando el que la vendió, la hubiese adquirido á título lucrativo. Si un acreedor vende la cosa hipotecada, sabiéndolo y no contradiciéndolo el mas preferente, pierde este su derecho, l. 8. C. *de remiss. pig.*; de otra suerte le quedará salva la accion hipotecaria, l. 1. D. *de distract. pig.*, véanse la Glos. en la l. 12. D. *de bon. auct. jud. possid.*, glos. 1, y Juan de Plat. en la l. 3. C. *de exact. tribut.*, donde alega la disposicion de la l. 18. §. últ. D. *de jur. fisc.*, en cuyo lugar dice la glos., que si el fisco es preferido á otro acreedor en virtud de privilegio, podrá pedir á este por medio de la accion hipotecaria el dinero que cobró, si existe, y si lo ha consumido, se lo demandará por medio de la *condictio ex lege*, y lo mismo espresa la Glos. en la l. *pecuniam C. de jur. fisci*; véanse sobre este punto Math. de Aflict., Decisiones napolitanas, decis. 190, y Paul. de Castr. en la l. 5. C. *de privil. fisc.* Nótese que la regla establecida en esta ley, no es aplicable á la prenda pretoria, l. últ. C. *de bon. auct. jud. possid.* y allí Bald.; empero véanse sobre este punto Bart. y Ang. en la l. 8. C. *qui potior. in pig.*: y por lo que mira á los casos de escepcion de esta ley y de las siguientes, véase la cit. l. 8 junto con la Glos.: uno de ellos y muy notable, indicado allí por la Glosa sobre la palabra *data*, y por Bald. y Ang., es si el acreedor anterior no entregó efectivamente el dinero, aunque tenga á favor suyo la confesion de la entrega; pues que para la preferencia se requiere que dicha entrega haya sido real y

ria assi. Ca, si vn ome pidiesse dineros prestados a otro, sobre alguna cosa quel diesse a peños, e fiziesse carta sobre si, o se obligasse de otra manera a pagarlos, en ante que ouiesse rescebido aquellos dineros, e despues obligasse aquella cosa misma a otro, rescibiendo luego los dineros de aquel a quien a postremas la obliga; maguer aquel a quien primeramente fuesse obligada la cosa, pagasse despues aquello que auia prometido a emprestar sobre ella, fincaria obligada la cosa a aquel que fue despues empeñada (144). E esto es, porque pago primero los dineros; e aun porque aquel que auia obligado el peño al primero, en su mano era (145), de rescebir los dineros, o de arrepentirse, si non quisiesse guardar el pleyto.

LEY 28. *Como aquel que presta sus dineros, para adobar, o para fazer naue, o otro edificio, ha mayor derecho en ello para ser pagado, que otro ninguno.*

Naue, o casa, o otro edificio auiendo empeñado un ome a otro, si despues desso rescibiesse de otro dineros prestados, para refazer (*i*) e guardar aquella cosa, que se non destruyesse, o non se empeorasse, e los despendiesse en pro della, entonce mayor derecho ha en ella el segundo (146), que presto sus dineros para mantenerla, que el primero: porque con los dineros que el dio, fue guardada la cosa, que se pudiera perder. E porende dezimos, que el deue ser pagado primeramente, maguer aquella cosa non le fuesse obligada por palabras (147), por aquellos dineros. Esso mismo dezimos que seria, si este que prestasse los dineros a postremas, lo fiziesse por guarnescer la naue de armas, o de las otras cosas quel fuessen y menester, o para dar a comer a los marineros, o a los gouernadores della.

(*i*). ó guarnir aquella cosa Escur. 3. ó adobar aquella cosa. Tol. 2.

LEY 29. *Como el alquile de las cosas que son de almacen, o que lieuan de vn logar a otro, deue ser ante pagado, que las otras debdas.*

Mercadurias algunas rescibiendo algun ome a peños, assi como olio, o vino, o ciuera, o otra cosa semejante; si aquellas mercadurías estouiessen en alguna casa, o almazen, por que ouiesse a pagar loguero por ellas; o fuesse a leuar de un logar a otro en algun nauio, o en bestias, o de otra manera; e otro alguno emprestasse dineros despues, para pagar aquel loguero, o lo que costasse el acarrear de las cosas; dezimos, que este que presto los dineros a postremas

efectiva: de ahí es que aconsejan allí Bald. y Ang., que el acreedor haga continuar en la escritura, que el deudor confiesa recibir el dinero, y que la entrega se ha efectuado en presencia del escribano y de los testigos, con cuya circunstancia será preferido á los demás acreedores á quienes el deudor haya reconocido simplemente la entrega del dinero; sobre este punto añádase la Glos. en la Novel. 91 sobre la parte *pública*. — * Véase el apéndice núm. 1. al fin de este tít.

(144) Conc. con la l. 11. prin. D. *qui potior. in pig.*

(145) Otra cosa seria si no pudo dejar de recibir el dinero sin resultar perjudicado l. 1. D. *qui potior. in pig.*, donde se halla un caso notable, Azon en la Suma C. d. tít., col. 1, y la Glos. y Bart. en d. l. 1, véase lo anotado por el Specul. á d. l. en el tít. *de oblig. et solut.* §. 1. col. pen. vers. *sed pone*, y las ll. 33 y 29 de este tít. Añádase á esta ley la disposicion notable de la ley pen. D. *quæ res pig oblig. poss.* De esta ley de Part. y de la cit. l. 1. se deduce que, cuando la accion tiene por fundamento el concurso de dos causas, toma principio desde el momento que la última se produce, lo que Bald. aduce, al tratar aquella cuestion notable, á saber, si la muger despues de dos años ratifica el afianzamiento, se retrotraerá ó no la ratificacion. Véase al cit. Doctor en la auth. *si qua mulier*, C. *ad Vellej.*, donde concluye por la negativa.

(146) Esceptúase la dote, Novel. 97. cap. 3, la auth. *quo jure*, C. *qui potior. in pig.*, la Glos. en la l. 5. D. d. tít., de la cual esta ley se ha tomado, y la l. sig. de este tít. ¿La muger por su adote será preferida tambien á aquél que prestó dinero para comprar alguna cosa, con el pacto de quedarle hipotecada? Lo será si es anterior, y no de otra suerte, como lo nota la Glos. en d. Novel. cap. 3. sobre la parte *posterior;* véanse el Specul. tít. *de oblig. et solut.*, §. 1. col. antepen. vers. *quid si vendidi*, y Bart. en d. l. 5. al fin. Hay un medio para que el vendedor de la cosa sea preferido por el precio á la dote, segun se colige de la l. 80. §. últ. D. *de contrah. empt.*, y de lo anotado por Bald. en la rúbr. C. d. tít. cuest. 13, y consiste en que el vendedor se reserve el dominio, mientras no se le haya satisfecho completamente el precio: de otra suerte seria postergado á la mujer, aunque en el acto de la venta se estipulase hipoteca, como dice el Specul. lug. cit.; véase lo que digo en la glos. 151. — * Véase el apéndice núm. 1. al fin de este tít.

(147) Véase la l. 26 de este tít. al fin.

por alguna destas cosas sobredichas, este deue ser pagado primeramente (148), que el primero. E las cosas que diximos en esta ley, e en las otras dos que diximos ante della, que deuen pagar el debdo que es fecho a postremas, ante que el primero; entiendese, que ha logar contra todas las personas. Fueras ende, en debdo que fuesse de dote, o de arras (149) de muger, o en debdo antiguo, que ouiesse a dar a la Camara del Rey (150). Ca en (j) estas dos cosas, en ante se pagaria el primer debdo destas personas, que el segundo (151).

LEY 30. *Como el huerfano, o otre ome, ha mayor derecho en los bienes de aquel que compro alguna cosa de sus dineros, que otro debdor ninguno, fasta que sea pagado.*

Todos sus bienes obligando un ome a otro, tambien los que ha a essa sazon, como los otros que aura dende adelante, si despues desso comprasse por si (152) alguna cosa, de los dineros de algun huerfano (153); maguer todos sus bienes fuessen empeñados a otri, assi como es sobredicho, con todo esso mayor derecho ha en la cosa assi comprada el huerfano, que el otro a quien eran obligadas todas las cosas. E porende dezimos, que el huerfano deue ser entregado primeramente de aquella cosa comprada, (k) e le deue dar la cuantia de los marauedis de que fue comprada, si toda la compro de sus bienes. E si non, de tanto quanto fue aquello que fue dado en comprarla, de los bienes del huerfano. Otrosi dezimos, que si vn ome ouiesse obligados todos sus bienes, tambien los que auia entonce quando fizo la obligacion, como los que auria dende adelante; si despues desto tomasse marauedis prestados de otro ome, para comprar alguna cosa; faziendole pleyto (154), que aquella cosa que comprasse de los maravedis quel prestaua, que le fincasse obligada por ellos, fasta que los cobrasse; entonce mayor derecho auria el postrimero (155) en la cossa assi comprada, que el primero, a quien fuera fecho el pleyto de la obligacion general sobre todas las cosas del comprador. Otrosi dezi-

(*j*). estos dos casos Acad.

(*k*). ó le deben Acad.

(148) Concuerda con la l. 6. D. *qui potior. in pig.* — * Véase el apéndice núm. 1 al fin de este título.

(149) Entiéndase de las arras que son aumento de dote, y no de la simple donacion *propter nuptias*, Novel. 97. cap. 3. junto con la Glos., y l. últ. al fin, C. *qui potior. in pig.* — * Véase la l. 1. tít. 11. Part. 4.

(150) Nótese esto, lo que no tengo presente haberlo visto tan espreso en el derecho comun; sin embargo viene en apoyo de ello el que la muger y el fisco se equiparan en punto á la hipoteca tácita. De esta l. de Part. puede deducirse que la disposicion de la l. 33 de este tít. procederá tambien respecto del fisco, al cual tambien debemos esceptuarle de lo dispuesto en la l. 27.

(151) De aquí se deduce que, si el que prestó para reparar una casa, ó rehabilitar una nave, es anterior en tiempo á la muger ó al fisco, será preferido á tales acreedores: así lo entendia Cino en la auth. *quo jure* C. *qui potior. in pig.*; empero lo contrario sostenia allí Salic., arguyendo por algunas palabras del cap. 3. de la Novel. 97; el cual deduce allí otras consecuencias, recomendándolas como originales.

(152) Sigue esta ley la opinion de Azon en la Suma C. *qui potior in pign.* col. 1, opinion que aprueba Bart. en la l. 7. D. d. tít., desechando otra interpretacion que se daba á esta ley, segun se colige de la Glos. sobre la palabra *comparata.* — * Véase el apéndice núm. 1 al fin de este título.

(153) Parece debemos entenderlo del pupilo, y de él habla la cit. l. 7: llámase pupilo el impuber que no se halla bajo el poder patrio, ley 239. princ. D. *de verbor. signif.* Empero adviértase que esta palabra huérfano, es mas general que la palabra pupilo, como dije en la l. 41. tít. 18. Part. 3; de consiguiente tal vez esta ley deberá estenderse al mayor de catorce años, que no ha cumplido los veinte y cinco, y que no tiene padre: viene en apoyo de esto el que, si el curador compra en su nombre alguna cosa con dinero del menor, puede este vindicarla, l. 3. C. *arbitr. tut.* y l. 49. tít. 5 de esta Part., ó bien, si lo prefiere, instituir la accion hipotecaria al efecto de recobrar su dinero, segun opina la Glos. en d. l. 7, cuando alega la cit. l. 3. Además el adulto que tiene curador, se compara al pupilo, l. 3. C. *de intergr. restit. minor.* junto con la Glos. Así es que la disposicion de esta ley será tambien aplicable tal vez á dicho menor, mayormente si ha recibido curador, y si este compra para sí con el dinero del huérfano.

(154) Añád. l. 8. C. *de pignor.*

(155) Concuerda con la l. 7. C. *qui potior. in pig.*, de la cual se ha tomado: contra la dote y su aumento, si son anteriores en fecha no tiene preferencia el crédito de que se trata, segun la Novel. 97. cap. 3., y Bart. en la l. 5. D. *qui potior. in pig.* y véase lo que dije en la l. 28 de este tít. Empero esta ley no esceptúa semejante caso, como lo hace al fin de la ley anterior, cuando trata de la preferencia del que prestó para

mos, que si algund ome despendiesse marauedis en sotierramiento (156) de algund muerto, maguer este tal debdo fuesse postrimero, ante deue ser pagado, que otro debdo (157) que ouiesse fecho el muerto en su vida.

LEY 31. *Como aquel que muestra carta de Escriuano publico, en que empeña alguna cosa, ha mayor derecho en ella, que otro que mostrasse otra escritura, o prueua de testigos.*

Escriuiendo algun ome carta de su mano misma, en que dixesse, que conoscia que auia rescebido marauedis prestados (158) de otro alguno, e que obligaua alguna cosa por ellos; o faziendo tal pleyto como este ante dos testigos (159); aquel a quien fuesse obligada la cosa en alguna destas dos maneras, bien la podria demandar a aquel que gela ouiesse empeñada, o a otro qualquier (160) a quien la fallasse. Fueras ende, si

satisfacer el alquiler del almacen en que se guardaban las cosas hipotecadas: de otra parte no hallamos la misma razon en el caso de esta ley, que en los de las anteriores; en efecto en el de la 27, era en cierta manera necesario al marido recibir la dote prometida: en las ll. 28 y 29 se trata de hipotecas tácitas legales, de consiguiente no es estraño que la ley les deniegue su fuerza, cuando media interés de la dote. Además, en las cit. ll. la cosa en que se hicieron reparaciones, ó cuya conservacion ocasionó gastos, se hallaba ya de antemano hipotecada á la muger; al paso que en esta ley se trata de cosa adquirida despues, con el pacto de hipoteca á favor del que prestó para la adquisicion; trátase en ella de una hipoteca convencional que abraza los bienes presentes y futuros, á la que no estraño que sea preferida la del que prestó para hacer una nueva adquisicion, esto es, por lo que mira á la cosa comprada, aun cuando se trate de acreedores privilegiados, como la muger y el fisco; este parece ser el espíritu de nuestra ley y de la cit. l. 7, y así opina Bald. novel. en el tratado *de dote*, part. 10, col. 2: lo mismo parece deberémos decir en el primer caso de esta ley en gracia de los huérfanos.

(156) Sobre lo que viene comprendido bajo la denominacion de gastos de entierro, véanse la l. 7. D. *de relig. et sumpt. funer.*, la l. 12. tít. 13. Part. 1, ley notable, y la l. 30 de Toro, junto con lo que dije en la cit. l. 12.

(157) Aunque la deuda sea bajo prenda ó hipoteca: esceptúa el caso de ser espresa la hipoteca, Azon en la Suma C. *qui potior. in pig.*, aunque no sin vacilar, así como la Glos. en la l. pen. D. *de relig. et sumpt. funer.* Nótese que los gastos del entierro tienen preferencia sobre la dote, segun Bart. en la l. 1. D. *solut. matr.* col. 6., y Ang. Aret. en el §. últ. Instit. *ad leg. Falcid.*, diciendo ser esto singular y notable, si bien dudaba la Glos. en la cit. l. pen.; pero la Glos. no tocó este punto. Que los gastos del entierro son preferidos á los que tienen hipoteca espresa, parece probarlo la cit. l. pen., cuando dice *omne creditum*, con lo que nada escluye; arguye lo mismo el cap, *si Romanorum*, 19 dist., á mas de que la razon de Bart. en d. l. 1. es general, á saber, que el interés público acerca de que se dé sepultura á los muertos, es preferido á toda utilidad privada: viene en apoyo de esto nuestra ley, dando de un modo absoluto á este crédito la preferencia sobre cualquier otro, sin esceptuar la dote ni otro crédito alguno: y ciertamente cuando se trata de lo puramente necesario invertido para el entierro, me parece justo que se prefiera á cualquier crédito, aunque sea con hipoteca espresa.

(158) Háblase por via de ejemplo: lo mismo tendrémos si fuese otra la deuda. — * Véase el apéndice núm. 1 al fin de este tít.

(159) Que depongan haberse hecho la escritura privada delante de ellos, y la confesion del deudor acerca del contenido de la misma, segun esta misma ley, cuando dice *prueua de dos testigos.* — * Parece que la ley no supone aquí la existencia de la escritura, sino que las palabras *faciendo tal pleyto*, se refieren al mero hecho de la confesion de préstamo; acaba de probarlo la cláusula misma que aduce Greg. Lopez, donde, volviendo á hablar la ley de la misma prueba de testigos, la contrapone á la confesion escrita. Conviene advertir que despues de la pragmática que estableció al registro de hipotecas, la disposicion de esta ley es inaplicable por lo que mira al derecho de hipoteca.

(160) Ya sea heredero del deudor, ya otro poseedor, ya un acreedor que no tenga instrumento público: procede pues esta ley, tanto si se instituye accion personal, como la hipotecaria contra el deudor ó su heredero, ó contra otro acreedor que carece de escritura pública, segun manifiesta nuestra ley, la que aprueba la opinion de Azon en la Suma C. *qui potior. in pig.* col. 2, y de Acur. en d. l. 11. C. *qui potior. in pig.*: y aun cuando este segundo acreedor, al confesar que la escritura se hizo por el deudor, niegue su contenido, sosteniendo que no se constituyó hipoteca, y que semejante confesion del deudor no pudo causarle perjuicio; será preferido el primero, bastando que el otro carezca de instrumento público. Lo contrario sostuvo Jacob Bald., diciendo admirarle la interpretacion de Azon; siguen al cit. Bald., Cyn. y Alberic., y discurren del modo siguiente, á saber, que no

este que la tenia, dixesse que le era obligada por carta, que fuesse fecha de mano de Escriuano publico (161). Ca entonce este postrimero, si tal carta mostrasse, auria mayor derecho en la cosa empeñada, que el otro primero, que ouiesse carta escrita de mano de su debdor, o prueua de dos testigos, assi como sobredicho es (162). Pero si tal carta de la debda del empeñamiento fuesse fecha por mano del debdor (163), e firmada con tres testigos, que escriuiessen sus nomes en ella con sus manos mismas (164); entonce (165) mayor derecho auria en la cosa empeñada el primero, que el segundo que mostrasse la carta publica.

LEY 32. *Quien ha mayor derecho en la cosa que es empeñada a dos omes.*

Puesta seyendo condicion sobre la cosa empeñada, si ante que se compliesse, la empeñasse otra vez a otro; el que la ouiesse obligada al primero; si despues desto se cumpliesse la condicion, mayor derecho ha en la cosa el primero a quien fue obligada, que el segundo que la tomo a peños, pues que la condicion es cumplida (166).

importa el que tenga ó no escritura pública el segundo acreedor que posee; dado que siempre puede negar que el deudor haya hipotecado la cosa, mientras no se le presente una escritura con la firma de tres testigos; y así entendian la cit. l. 11.: pero esa interpretacion la resisten la letra de d. l. y el contesto de la nuestra, dado que atribuyen únicamente á la escritura pública el efecto de que se trata: y la razon se diferencia, segun se colige de Azon, consiste en que, si bien la escritura privada tiene fuerza contra el deudor el cual no puede oponerse á su propia confesion, y contra sus herederos; no puede perjudicar al acreedor, aunque posterior, que produce escritura pública; porque prueba mas plenamente su derecho. Con todo, si bien esa interpretacion de Azon y de Acurc. se aprueba en esta ley, parece que de dar fuerza á la escritura privada, no solo contra el deudor que confiesa, si que tambien contra un tercero, resulta un absurdo, esto es, que con facilidad un acreedor posterior puede ser antepuesto á los demás; y esto fué lo que movió á Jacob., Bald., Cyn. y Alberic.: empero puede contestarse que, dado que el segundo acreedor, ú otro poseedor cualquiera, no prueba mejor su derecho que el primer acreedor, no puede quejarse ni suponer fraude, dado que los dos se encuentren en el mismo caso: á mas de que si temia el fraude, podia fácilmente pertrechar su derecho con escritura pública. En vista de lo dicho, opino que podria esceptuarse el caso que el segundo acreedor, además de la confesion del deudor en escritura privada, probase su derecho por medio de testigos que intervinieron en el acto en que se constituyó la hipoteca; entónces su prueba seria mas plena que la de su opositor fundado únicamente en la confesion escrita; y apóyase esta escepcion en lo que dicen Azon, Bart. y los DD. en la cit. l. 11; así que en este caso tendrá lugar la opinion de Jacob., Bald., Cyn. y Alberic. en d. l.

(161) Lo mismo tendrémos, si exhibe escritura privada con tres testigos, la que equivale al instrumento público, segun esta l. al fin, y la cit. l. 11 y allí Salic.

(162) Esto es, que depongan únicamente de la confesion del deudor, como dije en la glos. 159: si depusieren acerca de la verdad del hecho, es decir, acerca de la deuda y la hipoteca, bastarán dos testigos, l. 12. D. *de test.*, y el primer acreedor será preferido al segundo, aunque este tenga escritura pública, segun Bart., Ang. y otros en d. l. 11., fundados en la l. 15. C. *de fid. instrum.*, lo que prueba esta ley cuando dice, *o prueua de dos testigos como sobredicho es.*—* Creemos al contrario, que semejante interpretacion es contraria á la letra y espíritu de nuestra ley. Cuando se presentan diferentes acreedores solicitando preferencia, son dos las sospechas que principalmente pueden tener cabida; primera, que el crédito sea supuesto y con él la hipoteca: segunda que se firmen el crédito y la hipoteca de una fecha anterior. La primera sospecha no entró en cuenta al redactar esta ley de Part., pues que no hay una sola espresion que indique darse la preferencia á la escritura que contiene la fe de entrega: al contrario todo indica que solo se tuvo á la vista la posibilidad de la antelacion fraudulenta.

(163) O bien de mano agena, con tal que haya la firma del deudor, d. l. 11: el que firma un documento, se entiende haberlo escrito, l. 28. §. últ. C. *de testam.*, y Bald. en la auth. *contra qui propriam C. de non numer. pœcun.* Además lo mismo tiene que firme el mismo deudor, ú otro por él, l. 20. C. *de donat.* y allí Bald.; lo que procede sin disputa, cuando uno no sabe ó no puede firmar, y así lo establecia la ley de Alcalá por lo que mira á los instrumentos públicos.

(164) Aquí no bastará que uno firme por otro, dado que la ley exige que firmen de propia mano.

(165) La razon está en que semejante escritura se equipara al instrumento público: y segun Salic. en d. l. 11. C. *qui potior. in pig.*, esta especie de escrituras están en uso entre los Venecianos, quienes las archivan como si fuesen públicas.

(166) Entiéndase de la condicion casual ó mista, mas no de la potestativa, l. 9. §. 1., l. 11. §. 1. y l. 12. §. 2. D. *qui potior. in pig.*, l. pen. D. *quæ res pig. oblig. poss.*, y l. 27 de este tít. de Part.

Otrosi dezimos, que si vna cosa fuesse empeñada a dos omes, de otros dos apartadamente, e ninguno dellos non fuesse señor della; si acaesciesse que aquel a quien fue empeñada a postremas, fuesse tenedor (167) de la cosa, entonce mayor derecho auria en la cosa, que el primero. Mas si por auentura la cosa agena ouiesse empeñado tal ome, que non lo pudiesse fazer, e despues desto la empeñasse a otro el señor della, entonce mayor derecho auria en la cosa, el que la rescibiesse a peños de aquel cuya fuesse(168), que el otro; quando quier que la rescibiesse, primeramente, o a postremas.

LEY 33. *De la mayoria que ha el Rey en los bienes de su debdor, e la muger por la dote en los bienes de su marido.*

Tal priuillejo ha el debdo de la Camara del Rey (169), e otrosi lo que deue el marido a la muger por dote, maguer estos debdores (170) sean postrimeros; primeramente deuen ser entregados, la Camara del Rey, en los bienes de su debdor, que otro ninguno, a quien deuiessen algo. Otrosi la muger en bienes de su marido; fueras ende en vn caso: si el debdo primero es sobre peño que ouiesse empeñado a alguno señaladamente, o si ouiesse obligado por palabras (171)

De esta ley y otras semejantes se infiere que la condicion casual ó mista se retrotrae, añád. l. 78. princ. D. *de verbor. oblig.*: esto no tiene lugar en los legados, l. 1. §. 1. D. *ad Syllan.*, y es interesante en esta materia la l. pen. D. *de opt. legat.*, la que habla de los frutos percibidos pendiente la condicion: notan la indicada diferencia la Glos., y la generalidad de los DD. en la cit. l. 78, y se afanan en buscar el fundamento de ella; y Bart. la sostuvo siempre, como se ve en las repet. á la l. 15. D. *de usucap.*, en la l. 13. §. 9. D. *de acceptill.* y en la l. 52. §. 29. D. *de furt.* Empero obsta vivamente la cit. l. 11. princ. vers. *sed et si hæres,* á la que contesta Ang. en d. l. 9, que ella se refiere al caso que la prenda se ha dado por medio de contrato por el heredero; si bien á esa contestacion replica el mismo Ang. fundado en la l. 5. D. *de act. empt.*, á saber, que si el contrato tiende á la ejecucion de última voluntad, debemos atender á la causa originaria: á lo que podria contestarse que el principio solo tiene lugar, cuando lo que se hace para cumplir la última voluntad, es de necesidad respecto del heredero, cual en el caso de d. l. 5; de lo contrario, tendrémos un acto de una naturaleza distinta de las últimas voluntades, y por consiguiente deberá juzgarse de él por la naturaleza de los contratos: y nótese esto, pues que Jas. en d. l. 78 da la indicada solucion á la cit. l. 5, sin nombrar á Ang., y dejando sin contestar la objecion que hace el mismo. Podria tambien decirse que en los legados la condicion no se retrotrae en cuanto al dominio, pero sí por lo que mira á la accion personal y á la hipotecaria, á tenor de la cit. l. 11. princ. vers. *sed et si hæres,* D. *qui potior. in pig.*, y segun Imol. y Ludov. Rom. en d. l. 15, y Socin. consil. 259, vol. 2. Y no procede la indicada conclusion, si, cuando existe la condicion, se halla incapacidad por parte de la persona ó de la cosa, l. 14. D. *de novat.* y allí Bart. al fin; así como si algun acto intermedio impide la retrotraccion, sirviendo de obstáculo á la union de los estremos, segun una Glos. notabl. y allí Bart. en la l. 6. D. *rat. rem haber.*, Bald. en la l. últ. C. *ad Maced.*, el cap. *si pro te 15, de rescript.* lib. 6, y Jas. en la l. 56. §. 8. D. *de verbor. oblig.* 5. notab.: véanse otras limitaciones en los modernos en d. l. 78 princ.; y sobre esta materia véase Bart. en la cit. l. 15. col. 16. — * Véase el apéndice núm. 1.

(167) Concuerda con la l. 14. D. *qui potior. in pig.*: véase allí la Glos.

(168) Añád. l. 31. D. *de act. empt.* y la Glos. en la l. 9. §. 4, sobre la palabra *petenti* al fin D. *de public.*

(169) La cámara del rey es lo mismo que el fisco. — * Véase el apéndice núm. 1.

(170) La muger y el fisco se equiparan en punto á hipoteca, segun esta ley y la l. 29 de este tít. al fin, y entre ellos no hay preferencia, l. 2. C. *de privil. fisc.* y l. 9. C. *de jur. dot.*: si los dos concurren, se atiende á la antigüedad de la hipoteca; y si entrambos la tienen de una misma fecha ó de un mismo dia, y no puede saberse cual de los dos fué primero, se dará preferencia á la dote, l. 85. D. *de reg. jur.* y Bald. en d. l. 9: con todo véase sobre esta decision de Bald. y otros, á Bald. novel. tratado *de dote,* parte 9, en el primer privilegio.

(171) Así pues la muger y el fisco serán preferidos á los que tengan hipoteca tácita, aunque sea anterior; lo que merece notarse respecto del fisco, pues que por derecho comun parecia mas probable lo contrario, como lo nota Juan de Plat. en la l. únic. C. *pœn. fiscal. credit. præfer.*, fundado en la l. únic. C. *rem alien. gerent.*, la que á la verdad, no es concluyente: á mas de que las glosas variaban en este punto; en efecto, la Glos. á la l. últ. C. *qui potior. in pig.* sostenia que el fisco no era preferido al que tenia hipoteca tácita anterior; al paso que decia lo contrario en la l. 8. D. d. tít. y en la l. 9. C. d. tít., y esta últ. opinion fué la de Azon, la que se aprueba en esta ley; y téngase presente, dado que la generalidad de los DD. está en contrario, como lo nota Bart. en la l. 28. D. *de jur. fisc.* ¿Qué dirémos de los bienes posteriormente adquiridos? Véase la cit. l. 28 y allí Bart. [Parece que no deberá

todos sus bienes. Ca entonce (172) tal debdo como este, que fuesse primero, ante deue ser pagado, que el otro de la Camara del Rey, nin el dote de la muger. Pero si vn ome ouiesse auido dos mugeres, e fuessen amas muertas, entonce, la dote(173) que deuiesse a dar a la primera muger, deue ser pagada primeramente a sus fijos (174), que la deuen auer, e despues a la segunda muger: porque estos debdos son de vna natura. Mas si en los bienes del marido fuessen falladas algunas cosas, que fuessen primeramente (175) de la segunda muger, estas atales en saluo deuen fincar a ella, e a sus herederos. Otrosi dezimos, que casando alguna muger con su marido, et prometiendol ella, o otro por ella, de dar alguna cosa cierta en dote; si el marido por razon de aquella dote que esperaua auer, le obligasse señaladamente sus bienes, et despues desso los empeñasse a otra parte, en ante que la muger ouiesse pagado a su marido lo quel auia prometido por dote, o otri; pagando ella despues la dote, o otri por su nome, entonce mayor derecho (176) auria ella en los bienes del marido, que otro ninguno, a quien los ouiesse obligado.

LEY 34. *Porque razones, el que toma la cosa a postremas a peños, ha mayor derecho en ella, que el primero.*

A dos omes podria ser empeñada una cosa, al vno primeramente, e al otro despues. E si acaesciesse, que despues desso el señor de la cosa la empeñasse a vn aotro tercero; en tal manera podria ser fecha la obligacion, que este tercero auria el derecho en la cosa empeñada, que auia el primero. E esto seria, si en la obligacion fuessen guardadas estas tres cosas (177). La primera es, que es-

hacerse distincion, ya porque nuestra ley no la hace, ya porque en ninguna parte hallamos que la preferencia del que tiene hipoteca general, por lo que mira á las adquisiones futuras del deudor, dependa de la época de cada una de dichas adquisiciones]. Adviértase que si hay un acreedor hipotecario mas privilegiado que el fisco, puede este vender la hipoteca, satisfacer á dicho acreedor, y quedarse con el resíduo: véase Juan de Plat. en d. l. únic.

(172) Apruébase aquí la opinion de Bulgar., que puede verse en la Glos. en la l. 12. C. *qui potior. in pig.*; esta fué siempre la opinion comun, y llámala vulgar Azon en la Suma C. d. tít., col. 2, esto es, como si dijera, sancionada por la costumbre: de aquí se infiere que tiene mayor fuerza la hipoteca espresa que la tácita: véase lo anotado por Bart. en la l. 11. D. *de testam. tutel.* vers. *quid si in tutela*, col. 5. Sin embargo esceptuése de la disposicion de esta l. de Part. el caso de la l. 3. C. *de jur. dot.*, y véase allí la Glos. en la palabra *anteriores.* Limítesela tambien respecto de los bienes posteriormente adquiridos: el adote deberá ser preferido respecto de tales bienes, toda vez que lo es el fisco, d. l. 28, Cyn., Bald. y Salic. en d. l. 12, Bald. novel. trat. *de dote*, part. 10. princ., col. 2, y lo prueba bastante esta ley, al establecer igualdad de derechos en punto á la hipoteca entre la muger y el fisco. [Véase la adicion á la glos. anterior, y añádase que el haber hablado de un modo absoluto los copiladores de las Partidas, á pesar de tener á la vista las opiniones de los jurisconsultos, prueba que no quisieron hacer distincion de bienes]: esta opinion parece la mas acertada, por mas que la Glos. dude en d. l. 12, y que Bald. sostenga lo contrario en la cit. l. 28: el cit Bald. novel. esceptúa, y con razon, el caso que la cosa fuese comprada, y especialmente obligada por el precio al vendedor, como dije en la glos. 155: véanse sobre esta materia la Glos. y los DD. en la cit. l. 12, donde tambien se trata de si este privilegio lo tiene la dote meramente confesada ó reconocida, de lo cual trata plenamente tambien Bald. novel. en d. tratado, fól. 48., col. 4. y fól. 49; véanse además l. 48. §. 1. C. *de non numer. pec.* y allí Paul. de Castr., Andr. de Iser. *de statut. et consuet. contr. libert. eccles.* en la parte *diffidamus*, Decio consil. 96 al fin, y Bald. en la l. 14. C. *de solut.*

(173) Trae esto su orígen de la Novel. 91. cap. 1. y de la auth. *si quid tamen* C. *qui potior. in pig.*

(174) ¿Qué dirémos de los herederos estraños? La Glos. opina que no les compete privilegio, arg. l. 18. D. *solut. matr.*; véanse allí los DD., y Bald. en la l. 1. C. *de privil. dot.*, col. 2. Cuando la hipoteca no es privilegiada, se transmite á cualquier heredero, como lo nota Bart. en la l. 1. D. *solut. matr.* col. 1. ¿Y si la muger cede la accion que le compete por la dote? V. Bald. en d. l. 1. C. *de privil. dot.* col. 4. ¿Los acreedores de la muger sucederán á los privilegios de ella? V. Bart. en la Novel. 91., y latamente Bald. novel. en el trat. *de dote*, chart. 66 y 67.

(175) Luego tendrá tambien lugar el privilegio, cuando la dote se hubiese dado estimada á tít. de venta, y así opinaron la Glos., Cyn. y Salic. en d. auth. *si quid tamen*: lo que debe entenderse, segun ellos, cuando los bienes del marido no bastan para el pago de entrambas dotes; pues en este caso la dote de la segunda muger tendrá preferencia sobre semejantes cosas estimadas.

(176) Véase lo que dije en la glos. 145.

(177) Trae esto su orígen de lo que dice Azon en la Suma C. *de his qui in prior. credit. loco suc-*

le tercero rescibiesse la cosa a peños, con entencion que los dineros que diesse sobre ella, fuessen dados a aquel a quien fue obligada primeramente. La segunda, que fiziesse tal pleyto con aquel que gela empeño, que el derecho que el otro auia sobre la cosa empeñada, quel ouiesse el. La tercera, que los dineros le fuessen dados assi en todas guisas al primero. Mas si el segundo a quien fuesse otrosi empeñada la cosa, pagasse los dineros al tercero, maguer non fiziesse otro pleyto (178) ninguno con el, entonce el derecho que auia el tercero en la cosa, tornaria al segundo. Otrosi dezimos, que si otro estraño, a quien non fuesse obligado el peño sobredicho, nin ouiesse derecho ninguno en el, lo quitasse del primero a quien fuera empeñado, sobre tal pleyto (179), que le otorgasse el otro el derecho que auia sobre el peño; entonce tambien le fincaria obligada la cosa, como si gela ouiesse empeñado primeramente el señor della.

LEY 35. *Que la cosa que vn ome tiene a peños, e la empeña el a otro, como la deue cobrar su dueño.*

Ser podria, que la cosa que vn ome ouiesse recebida en peños, que la empeñaria el mismo despues a otro. E maguer aya poder (180) de la empeñar, si acaesciere que le paguen a el (181)

ced., de la Glos. á la l. 1. d. tít., y de la l. 3. D. *quæ res pig. oblig. poss.*, donde la Glos. añade un cuarto requisito, á saber, que el tercer acreedor estipule que la prenda le quedará obligada; lo que quiso tambien esta ley, cuando dijo mas arriba *la empeñasse assi a otro tercero* y allí *recibiesse la cosa a peños:* empero la Glos. en d. l. 1., y Azon lug. cit., quisieron que bastasen las tres circunstancias, diciendo que la cuarta venia incluida ya en la que está aquí en segundo lugar; lo que parece acertado, toda vez que en virtud de la indicada circunstancia parece haberse convenido ya la hipoteca. — * Véase el apéndice núm. 1 al fin.

(178) Añád. l. 1. C. *qui potior. in pig.*, l. últ. C. *de his qui in prior. credit loc. succed.*, l. 11. §. últ. D. *qui potior. in pig.*; y ese derecho de ofrecer, compete al segundo ó al tercer acreedor contra el primero, así como contra la muger, disuelto el matrimonio, por lo que mira á la dote, l. 10. C. *qui potior. in pig.*, y Bald., Ang., Juan de Imol., Paul. de Castr. y Alex. en la l. 24. princ. D. *solut. matr.;* ahora, si durante el matrimonio la muger pidiese el adote, por caer en insolvencia el marido en virtud de la l. 29. C. *de jur. dot.*, los acreedores no tendrán el indicado derecho de ofrecer, segun Juan Andr. en las adiciones al Specul. tít. *de donat. int. vir. et uxor.* §. últ. vers. *sed cum mulier*, Bald. en d. l. 29. princ. col. 2., y latamente Socin. consil. 111. vol. 3: empero esto debe limitarse por lo que dije en la l. 18, siguiendo á Bald. novel. tratado *de dote*, chart. 39, col. 1. vers. 47 *privilegium.* Acerca del tiempo dentro del cual puede usarse de la facultad de ofrecer, véase la l. 7. §. 3. C. *de præscript. 30 vel 40 annor.*, para la inteligencia de la cual véase Bald. en la l. 13. D. *de usucap.*, añád. Decio consil. 174 al fin, y Bald. en el §. *licet*, princ. *si de feud. fuerit controv. int. dom. et agn.*

(179) Añád. l. 3. C. *de privil. fisc.*, y l. 1. C. *de his qui in prior. credit. loco succed.*

(180) Añád. l. 1. C. *si pig. pign. dat. sit.*, l. 13, §. 2. D. *de pignor.*, y el Specul. tít. *de pignor.* §. 1. vers. *sed cum pignus*, donde dice que una cosa no podrá de esta suerte hipotecarse mas de tres veces, á fin de evitar lo infinito; con cuya decision conviene allí Juan Andr. en las adiciones, y síguela Abb. en el cap. *cum contra* col. 2. *de pignor.*; y ciertamente parece justa, pues que de otra suerte, pasando la prenda de mano en mano, seria difícil recobrarla. Empero Bald. en la cit. l. 1. sostiene que indistintamente puede darse en prenda la que bajo este título se ha recibido, aunque de esta suerte pase por mil y mil manos; lo que procederá quizá, si ese cúmulo de transmisiones no perjudica al recobro de aquella, mayormente si tiene lugar entre personas del mismo pueblo: véanse tambien el Specul. y Abb. lug. cit. acerca de si, satisfecha la deuda, se librará el acreedor, cediendo la accion que tiene contra aquel á quien á su vez él dió la cosa en prenda; y están por la afirmativa. ¿El acreedor podrá vender la prenda, si se le ha dado la facultad de cobrarse dando la misma cosa en hipoteca? Así opina Bald., siguiendo á Pedro y Cyn. en la l. 7. C. *de distract. pig.*, y nótalo Alberic. en la l. 6. d. tít. De la misma suerte el vasallo podrá infeudar á favor de otro bajo el pacto de incremento con que poseia, véase el cap. 1. §. últ. *si de invest. feud. controv. fuer.* y allí Bald. col. 2., donde tambien trata de lo que queda al vasallo despues de semejante concesion: añád. cap. 1. vers. *sed etiam eos, per quos fiat investitura*, y el cap. 1. *qualiter feud. alien. potest.* y en entrambos Bald., el cap. 1. §. *beneficium, si de feud. defunct. content. int. dom. et agn.*, el §. *similiter, de leg. Corrad.* y la Glos. notabl. al cap. 1. *de alien. feud. patern.*: limítese esto, cual lo hace Bald. en el cap. 1. *de capit. Corrad.*: ¿y si el último enagena, á quien se devolverá el feudo, al dueño ó al inmediato infeudante? Véase Bald. en el §. *illud, de prohib. feud. alien. per Freder.*, y véase allí además, de quien deberá exigirse el consentimiento para la enagenacion.

(181) Lo mismo quiere la Glos. en la l. 13, §. 2. D. *de pignor.* sobre la palabra *solverit*, si se

aquello que auia sobre la cosa, el otro, a quien la empeño, non ha derecho ninguno sobre el peño. Ante dezimos, que lo deue dar a aquel cuyo es. Pero este a quien fue empeñada la cosa despues, puede demandar a aquel que gela empeño, que de otro tan buen peño (182) atal, o que pague aquello que auia prestado sobre el.

LEY 36. *Si la cosa empeñada se pierde, o se empeora, como se deue descontar de la debda el daño que y aueniere.*

Empeorandose (183) la cosa empeñada por culpa (184) o por negligencia de aquel que la tiene a peños, si tanto fuere el empeoramiento, quanto es el debdo que auia sobre ella pierde porende el derecho que auia en el peño; e si fuere menos, deue ser descontado del debdo, quanto fuer el empeoramiento. E si la peoria fuer mayor que el debdo, deue perder aquello que auia sobre la cosa empeñada. E pechar sobre esto al señor de la cosa, el daño que y acaesciere por razon del empeoramiento. E aun dezimos, que si la cosa empeñada fuer sierua, et vsare mal della aquel que la rescibe a peños, faziendole ganar algo por su cuerpo, metiendola en la puteria; que deue perder otrosi el derecho que auia en tal peño (185). Esso mismo seria, si la apremiasse, faziendole el fazer alguna cosa otra desaguisada (186) contra voluntad del señor della.

LEY 37. *Como non deue ninguno franquear su sieruo, mientra que estouiere en peños.*

Franquear (187) non puede ningun ome el sieruo, nin la sierua, que auiesse empeñado a otro, a daño, (188), nin a menoscabo de aquel que la tenia a peños, de mientra que fuere assi empeñado. Mas si acaesciesse que lo aforrasse, estando delante (189) aquel que lo tenia a peños, e non lo contradize, valdria el aforramiento: pero bien podria cobrar su debdo (190), de aquel que gelo ouiesse empeñado. Otrosi dezimos, que si acaesciesse, que el señor aforrasse su sieruo, o su sierua, que ouiesse empeñado a otri, non lo sabiendo aquel que lo tenia a peños; que luego que el sieruo pagasse (191) el debdo por si, o otri por el, valdria el aforramiento. Pero si algun ome obligasse todos sus bienes generalmente (192) por debdo que deuiesse, si despues aforrasse algund sieruo, bien lo podria fazer, si de los otros bienes que fincan, pudiere ser pagado el debdo.

LEY 38. *Porque razones se desata la obligacion del peño.*

Desatasse la obligacion que es fecha sobre los peños, luego que aquel que los empeño, paga (193) lo que deue, a aquel que los ha empeñado. Otrozi dezimos, que seria esto mismo, si el debdor, quisiesse pagar el debdo, e el otro non le quisiesse recebir (194); e fizies-

paga al segundo acreedor; y así opina allí Bart. en el vers. *item quœro quando pignus*: añádase á esta ley la l. 40. §. últ. D. *de pignor. act.*

(182) Añád. l. 32. D. *de pignor. act.* y allí la Glos.

(183) Concuerda con las ll. 3 y 7. C. *de pignor. act.*

(184) Otra cosa seria, si no mediase culpa, l. 8. C. *de pignor. act.*, y l. 20. de este título.

(185) No dice que pierda el crédito: podrá pues exigirlo, y así opina Alberic., siguiendo á Guilliel. y a Rayn. en la l. 13. §. últ. D. *de pignor act.*; sin embargo el deudor podrá pedir los perjuicios, segun la Glos. lug. cit.

(186) Añád. l. 2. tít. 2. Part. 3 allí, *e aun dixeron*, junto con lo que en ella dije.

(187) Concuerda con la l. 1. C. *de serv. pig. dat. manum.*, y con la l. 3. d. tít.; véanse allí las concordancias alegadas por la Glos.

(188) Adviértase que el manumisor no podrá revocar la libertad, una vez la hubiese dado, l. 5. C. *de serv. pig. dat. manum.*

(189) Añád. l. 4. C. d. tít.; en semejante caso la presencia equivale al consentimiento, dado que semejante acto no podia verificarse sin el del acreedor, Glos. en la l. 39. D. *de pignor. act.*, y v. Juan de Imol. en el cap. *si quis presbiterorum*, *de reb. eccles. non alien.* col. 3. y esto procede, aunque el acreedor sea menor, siendo válido su consentimiento en este punto, arg. l. 4. §. últ. D. *de manum. vindict.*: añádase á esta ley la l. 1. C. *de remiss. pig.*

(190) Pues que no remitió la deuda, y si solo la prenda, arg. l. 3. D. *de pact.*, y véase la l. 40 de este tít.

(191) Añád. l. 30. D. *de hœred. instit.* y l. 5. C. *de serv. pig. dat. manum.*

(192) Añád. ll. 2 y 3. C. d. tít.; tenemos aquí una diferencia entre la hipoteca general y la especial: véanse otras en la l. 2. C. *de pignor.*, en la l. 19. §. últ. D. *de furt.* junto con la Glos., en Ang. y Paul. de Castr. á la l. 6. C. *de usucap. pro empt.* al fin, en Bald. á la l. 6. C. *qui potior. in pig.*, y en Alex. consil. 118. vol. 5. col. pen.: véase otra en Bart. á la l. 18. D. *de alim. legat.* y en Jas. á la l. 3. C. *de legat.* col. 2. vers. *secundo notabiliter limita.*

(193) Satisfaciendo la deuda desaparecen los accesorios de la obligacion principal, segun esta ley y la l. 1. del tít. siguiente; véase Socin consil. 18. vol. 1. col. 1 y 2.

(194) Añád. l. 20. §. 2. D. *de pignor. act.* y allí

se afruenta desto ante omes buenos, e sellase con su sello los dineros (195), e los pusiesse (196) en guarda de algun logar religioso, o de algun ome bueno. Otrosi dezimos, que auiendo algun ome empeñado su cosa a otro, si despues el Judgador condemnare por alguna razon a aquel que la empeño, mandandole que pague, o faga alguna cosa; e el Juez queriendo cumplir su juyzio, non falla otra cosa (197) de los bienes del condemnado, de que faga la entrega a aquel porque dio la sentencia; que bien lo puede entregar en aquella cosa misma que auia empeñada, si valiere mas (198) de aquello que el otro auia sobre ella, maguer non quiera aquel a quien era obligada primero: e deuese vender (199) este peño en almoneda, e del precio del ha de ser pagado el que primero la rescebio en peños, e lo demas deue dar a aquel por quien es dada la sentencia.

LEY 39. *Por quanto tiempo pierde ome el derecho que ha en la cosa que tiene a peños, si la non demanda al tiempo que el derecho manda.*

Obligan a las vegadas los omes vnos o otros algunas cosas en peños, e non los entregan dellas; e despues acaesce, que las enagenan a otri. En tal razon como esta dezimos, que si aquel a quien fue tal cosa como esta empeñada, non la demandasse a los tenedores della, fasta diez años seyendo en la tierra, o non seyendo en ella fasta veynte años, que dende adelante non la podria demandar (200). Fueras ende, si aquel a quien fuesse dada, o vendida la cosa, la rescibiesse sabiendo que era empeñada a otro, ca entonce, bien la podria demandar aquel a quien fue obligada primeramente, fasta treynta años (201). Otrosi dezimos, que si aquel a quien fue empeñada la cosa, non le seyendo entregada, assi como sobredicho es, non la demandasse el, o sus herederos, a aquel a quien gela empeño, o a sus herederos, fasta quarenta años (202); que dende adelante non la podria demandar, que gela entregassen por razon de peño; maguer que el que la empeño sea tenedor della.

la Glos., y l. 8. C. *de distract. pig.*

(195) ¿Bastará ofrecérselos, enseñándole el bolsillo, ó será preciso que se le cuenten? V. Alex. en la l. 9. D. *solut. matr.* col. 3. al fin.—*La ley exige el depósito y la consignacion.

(196) ¿Qué dirémos si en vez de ofrecer ó consignar el dinero, dijo que él estaba dispuesto á verificar el pago? Parece que esto no será bastante, segun esta ley; entiéndase en cuanto á impedir la venta de la prenda, cuya venta se rescindirá despues, si paga el deudor, l. 9. D. *de rescind. vend.* y la Glos. á la l. 5. D. *de distract. pignor.*: empero, segun Bart. en la l. últ. al fin D. d. tít., si el deudor dice que está dispuesto á pagar, y el acreedor que lo está para recibir; entónces, si el primero no verifica el pago, su protesta es de ningun efecto, arg. l. 5. D. *quod vi aut clam.*: y por mas que Alberic. en d. l. 5. sostenga ser equivocada aquella decision de la Glos., y que entienda de otra suerte que Bart. la cit. l. 9., estese á lo que llevamos dicho; dado que la interpretacion de Bart. es la generalmente adoptada, como lo dice tambien Alex. en la l. 9. D. *solut. matrim.* col. 3. vers. *secundo fallit.*

(197) Nótense estas palabras, pues que si se halla otra cosa en que pueda trabarse la ejecucion, no debe hacerse en la de que se trata; lo que parece probar la l. 15. §. 1. D. *de re jud.* vers. *sed et illud.* Con todo parece que tambien podrá trabarse la ejecucion en ella, aunque existan otras cosas, si es la que puede venderse mas fácilmente, y con menos perjuicio del deudor; y viene en apoyo de esto la l. 6. D. *de pignor. act.*

(198) Luego, si el valor de la cosa no escediere de lo que acredita el acreedor preferente, cesará la disposicion de esta ley: en tal caso él acreedor posterior no sacaria ninguna utilidad de la ejecucion; y esto lo notó Paul. de Castr. en d. l. 15. vers. *sed et illud* al fin.

(199) No se entienda que se precise al acreedor á que venda la cosa, sino que se venderá por el deudor, mediando la autoridad del juez: el acreedor no debe hacer mas que poner de manifiesto la cosa mueble ó inmueble, segun la l. 6. D. *de pignor. act.* y allí Bart.

(200) Concuerda con las ll. 1 y 2. C. *si advers. credit.*, y con la l. 27. tít. 29. Part. 3., donde puede verse lo que dije: no se crea que las leyes relativas á esta materia se hallen corregidas por la auth. *mala fidei* C. *de præscript. long. temp.*, ni por la l. 19. tít. 29. Part. 3. como lo nota el Specul. en la rubr. *de præscript.* col. últ. al fin, y allí Juan Andr. en las adiciones: el tiempo de que aquí se trata es tambien indispensable para prescribir los derechos del acreedor en las cosas muebles, Glos. y allí Bart. en la l. 1. §. 2. D. *de pign.*, y véase la Glos. á la ley últ. C. *si advers. credit.*

(201) Añád. d. l. 27. tít. 29. Part. 3., y lo que allí dije.

(202) Añád. d. l. 27. y lo que allí dije. —* La l. 5. tít. 8. lib. 11. Nov. Recop., disponiendo acerca la prescripion de las acciones, dice; *donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion es mixta, personal y real, la deuda se prescriba por treinta años y no menos.* Así que dispo-

LEY 40. *En que manera se desata el derecho que el ome ha en el peño, por palabra, o callando.*

Paladinamente (203) por palabras, o callando, puede el ome quitar el derecho que ha sobre el peño. E por palabras seria, como si dixesse aquel a quien ouiesse obligado el peño, al que gelo ouiesse empeñado, o a su personero, quel tornaua el peño (204), o que le quitaua el derecho que auia sobre el peño. E maguer diesse, e quitasse desta guisa, el derecho que auia sobre el peño, con todo esso non se entiende que le quita el debdo (205) que auia sobre el. Fueras ende, si manifiestamente dixesse, quel quitaua tambien el debdo, como el derecho que auia sobre el peño. Pero si le quitasse el debdo principal (206), entiendese otrosi, quel quita el peño. E calladamente quitaria ome el derecho que auia sobre el peño, como si la obligacion de la cosa empeñada fuesse fecha por carta, e el señor del debdo, que tuuiesse la carta, la cancelasse (207), o la rompiesse, o la diesse a aquel que gela empeñara. Ca tornandole (208) la carta de la debda principal, o cancelandola, entiendese quel quita el debdo, e el derecho que auia sobre el peño. Fueras ende, si esto fiziesse por miedo, o por fuerça, o por engaño, que le fuesse fecho en esta razon.

LEY 41. *Como, e quando puede vender la cosa empeñada, el que la tiene a peños, si lo pudiere fazer por postura.*

Ponen pleytos a las vegadas los omes vnos con otros, quando reciben la cosa a peños, que si aquellos que los empeñan, non los quitaren fasta el tiempo, o dia cierto, que despues los puedan vender. E porende dezimos, que si tal pleyto es puesto quando obligo la cosa a peños, e aquel que la empeña non la quita fasta el dia que señalaron, que dende adelante bien la puede vender el que la tiene a peños, o su heredero, en aque-

niendo en términos absolutos esta ley de Recop., habrá desaparecido la distincion que la de Part., de acuerdo con el derecho romano, hace entre el caso en que la cosa hipotecada permanece en poder del deudor ó de sus herederos, y aquél en que es poseida por un tercero. La primera parte de esta ley ha quedado subsistente, toda vez que la de Recop. se refiere únicamente á la estincion de las obligaciones y de la hipoteca por el mero trascurso del tiempo; y no á la adquisicion que proviene de la posesion comenzada con buena fe y justo título: véase Ant. Gomez en los coment. á la l. 63. de Toro.

(203) Trae esto su orígen de lo anotado por Azon en la Suma C. *de remis. ping.*, vers. *voluntate autem*, donde pone el siguiente dístico: *Cautio si fuerit cui reddita liberat ipsum; si tibi reddantur pignora, secus erit.*

(204) Con esto parece decidirse, que la devolucion que de la prenda hace el acreedor al deudor, supone la remision del derecho de hipoteca; así que se aprueba aquí la opinion de Rayn. y Alberic. en la l. 3. D. *de pact.*, fundados en la l. 1. D. *de liberat. legat.* Empero lo contrario sostiene allí Jas. col. pen., movido por lo que dicen allí la Glos. y los DD., á saber, que la devolucion de la prenda puede tener un objeto distinto de la remision del derecho de hipoteca; pues que pudo hacerse para que el deudor se utilizara de dicha prenda; y añade que esta es a opinion de Bart. en d. l. 1., y de la Glos. allí sobre la palabra *fuit.* Mas, si bien se mira, ni la Glos. ni Bart. dicen lo que se supone, y si solo que la devolucion de la prenda no arguye la remision de la deuda; así pues parece que esta l. de Part. junto con la l. 1. D. *de liberat. legat.*, están de acuerdo con la opinion de Alberic. y Rayn. No se diga que esta ley de Part. habla del caso que el acreedor dice con palabras terminantes, que devuelve la prenda, y que en el caso de la cit. l. 1., median las palabras del testador que la lega; pues que poco importa que el consentimiento se manifieste de palabra; ó por medio de hechos, cap. *dilecti* 52, *de appell.* y allí la Glos. Podria tal vez distinguirse entre la simple devolucion de la prenda, y la que se verifica demarcando el uso; admitiendo la estincion de derecho de hipoteca en el primer caso, pero no en el segundo, arg. l. 20. D. *quand. dies legati ced.*, junto con lo anotado por la Glos. acerca del privilegio ó concesion limitada en el cap. *cum ordinem*, *de rescript.*, y l. 2. D. *de serv. export.* y allí Bald.: y en caso de duda, mas bien se presumirá devuelta la prenda para determinado uso, y en estos términos podrá admitirse la decision de Jas. y de la Glos. en d. l. 3: no obstarán esta ley y la cit. l. 1, atendido que se refieren á la devolucion y al legado simplemente hechos; ahora bien, si al devolverse la prenda, se hubiese demarcado el uso, no tendria lugar la estincion de la hipoteca en virtud de estas leyes.

(206) Añad. l. 2. D. *de pact.*, la Glos. y Bart. en la l. 1. D. *de liber. legat.* y l. 7. C. *de remiss. pign.*

(207) Véase lo que digo en la l. 11. tít. 19 part. 3. y l. 9. del tít. sig.

(208) ¿Y si no consta que el acreedor haya devuelto el instrumento, pero se halla este en poder del deudor? Véase la cit. l. 11 y lo que allí latamente espuse.

lla manera (209) que fuesse puesto el pleyto quando gela empeñaron. Empero, ante que la venda, lo deue fazer saber (210) al que gelo empeño, si fuere en el lugar, de como la quiere vender(211), e si el non y fuere, deuelo dezir a aquellos que fallare en su casa. E si este que la tiene a peños lo fiziesse assi, o non lo pudiere fazer por alguna razon (212), entonce puede vender (213) publicamente la cosa quel fue assi empeñada. E tal vendida se deue fazer en el almoneda (214) a buena fe, e sin engaño. E si por auentura mas valiere de aquello porque el la tiene a peños, lo demas (215) deuelo pagar al que gela empeño. Otrosi dezimos, que si menos valiere, lo de menos, que gelo deue tornar aquel que empeño la cosa.

LEY 42. *Como, e quando se pueden vender los peños, maguer non fue dicho, a la sazon que los empeñaron, que lo pudiesse fazer.*

Sin plazo obligan los omes a las vegadas los peños simplemente, non señalando dia a que los

(209) Concuerda con las ll. últ. princ. C. *de jur. domin. impetr.*, y 4. D. *de pignor. act.* —*Esta ley y la sig. parece se refieren á la prenda propiamente tal, esto es á la que se puso en poder del acreedor. Si se hipotecó simplemente alguna cosa sin entregarla al acreedor, y este trata de hacerla vender, es preciso distinguir; ó el poseedor de la hipoteca, ya sea el mismo deudor; ya un tercero, no se opone á que la misma se venda para el pago de la deuda, ó se resiste: en él primer caso no puede haber dificultad, vendiéndose entónces la cosa hipotecada, á tenor de lo que han acordado las partes interesadas: en el segundo caso será preciso que el acredor reconvenga judicialmente al poseedor de la hipoteca, y si es un tercero, es indispensable que preceda la escusion del deudor.

(210) Tenemos aquí espreso, que aun cuando haya pacto que conceda al acreedor la facultad de vender la prenda, debe notificarlo al deudor, antes que lo verifique; lo contrario sostenian la Glos. en la l. 4. C. *de distract. pig.* sobre la palabra *testato*, Bald. en la l. 4. D. *de pig. act.* y en la l. 6. al fin C. *de fideicom.*, y Alberic. en d. l., alegando la Glos. á la cit. l. 4. C. y la l. últ. C. *de jur. domin. impetr.*, y Salic. en d. l. 4. Téngase pues presente esta ley de Part. y esceptúese el caso que se haya pactado espresamente, que pudiese venderse la prenda sin necesidad de denuncia, segun Bald. en d. l. 4. C.; entendiendo en estos términos la Glos., y subrayando las palabras aquellas *ubi actum est ut possit vendere, sine denuntiatione*: empero la Glos. parece que hace recaer toda la fuerza en la palabra *vendere* como lo entendió allí Salic. y Alberic. en d. l. 4. D.: no obstante añade Bald. en d. l. 4. C., que aun en el supuesto de haber intervenido semejante pacto, conviene al acreedor que no omita la notificacion, al efecto de conservar su buena fama, y para que en ningun caso pueda ser reconvenido por la accion pignoraticia: añádase lo que nota Bart. en la l. 9. vers. *quæro an hæres* D. *de alim. et cibar. legat.*; y acerca el valor del indicado pacto con que se exime al acreedor de la notificacion ó denuncia, véase al mismo Bart. en la l. 86. § 1. D. *ad municip.*, fundado en ella.

(211) Luego, no basta interpelar al deudor para que pague, sino se añade que, de otra suerte se venderá la prenda: lo mismo decian Jacob. de Aret. y Alberic. en d. l. 4. D. *de pignor. act.*, alegando la l. 4. C. *de distract. pignor.*

(212) Como por estar ausente el deudor, y no haber dejado persona alguna en su casa; ó bien sino podia verificarlo, porque el deudor se ocultaba.

(213) Parece probar esto que sin semejante denuncia, el acreedor no puede vender la hipoteca, aunque mediase pacto que le atribuyera esta facultad; y de consiguiente que será nula la venta sin la intimacion. Empero lo contrario sostenian en este caso Jacob. de Aren., Cyn., Alberic. y Bald. en d. l. 4. C. *de distract. pignor.*: fundábanse en que tambien se requiere la buena fe, y sin embargo la falta de ella no anula la venta, l. 1. C. *si vend. pig. agat.*, si bien lo contrario tiene lugar en el fisco, l. 16. C. *de rescind. vendit.*; luego, decian, la falta de la denuncia no anulará el contrato, y si solo producirá accion contra el vendedor, l. 4. C. *si vend. pig. agat.*; á mas de que, cuando el acreedor tiene la facultad de vender en virtud de pacto ó por la ley, la denuncia se requiere para la ejecucion de dicha facultad, y no como requisito para obtenerla: ahora, si de la denuncia derivase la facultad de vender, como en el caso de la l. sig., entónces la venta seria nula, si aquella no precediese: así pues en el caso de esta ley concluyen que la venta será válida; si bien el vendedor será responsable de los perjuicios que ha causado al deudor la falta de la denuncia: empero obsta esta ley, si se atiende que las palabras se refieren á la facultad de vender: véase mas abajo la l. 48. junto con la Glos., cuya ley prueba mas claramente lo que acabo de indicar.

(214) No podrá pues el acreedor efectuar la venta ocultamente, y si solo en los lugares públicos en que suelen verificarse las almonedas, segun esta ley y Bald. en la l. 4. C. *de distract. pig.*, donde la Glos. habla de esta almoneda.

(215) V. l. 6. §. 1. y l. 7. D. *de pignor. act.*

quiten, nin faziendo enmiente (216) de los vender. E por ende dezimos, que seyendo la obligacion del peño fecha desta guisa, si aquel que tiene la cosa a peños, afrontare (217) al que gela empeño, ante omes buenos, que la quite (l); si la non quisiere quitar, e la cosa empeñada es mueble, e passaren, despues del dixo que la quitasse, doze dias, o treynta (218) si fuere rayz, que dende en adelante que la puede vender. Otrosi dezimos, que si pleyto fuesse puesto quando empeñasse la cosa, que el que la rescibe por peño non la pudiesse vender; maguer tal pleyto (219) fuesse puesto, si aquel a quien fue empeñada afrontasse al que gela empeño, tres vezes (220) ante omes buenos, que la quitasse, e passassen dos años, despues (221) que lo ouiesse afrontado que la quitasse, dende adelante bien la podria vender. Pero la vendida del peño, quando quier que la faga, deue ser fecha a buena fe en almoneda, segun dize en la ley ante desta. Otrosi dezimos, que las vendidas de las entregas, e las prendas que son fechas por mandado de los Judgadores, se deuen fazer a aquel plazo (222), e en aquella manera, que es puesto en las leyes, que son puestas en el Titulo de los Juyzios, de como se deuen cumplir, en la tercera Partida deste nuestro libro, que fablan en esta razon.

(l), sinon que la quiere vender, si non la quisiere quitar. Tol. 2.

LEY 43. *Por que razones aquel que tiene la cosa empeñada, maguer sea pagada la vna partida de la debda, la puede vender el, o sus herederos.*

Por vn debdo rescibiendo algun ome muchas cosas a peños, puedelas vender si quisiere, o alguna dellas, en alguna de las maneras que dize en las leyes ante desta. E non tan solamente las puede vender por todo el debdo; mas aun por vna partida de lo que fincasse por pagar de la debda. Y si por auentura se muriesse el que tenia la cosa a peños, ante que fuesse pagada la debda, pueden esso mismo fazer sus herederos. Otrosi dezimos, que la cosa empeñada, que fue vendida assi como sobredicho es, que tambien passa el señorio (223) della al que la compra, como si la comprasse del señor mismo cuya era. E este señorio se entiende que gana el que la compra, desque es passada a su poder (224), e paga el precio (225) por ella.

(216) Concuerda con la l. últ., §. 1. C. *de jur. domin. impetr.*, con la l. 4. D. *de pignor. act.* y con la l. 4. C. *de distract. pig.*—*Véase la adicion á la Glos. 209.

(217) Basta con una sola vez en este caso, segun se colige de esta ley, y de la l. últ. §. 1. y demás citadas.

(218) En punto á estos plazos no va de acuerdo esta ley con el derecho comun: en efecto la cit. l. últ. §. últ. C. *de jur. domin. impetr.* señala el término de dos años. Esta ley de Part. ha seguido el fuero de Castilla, que se halla en la l. 1. tít. 19. lib. 3. del Fuero Real. Las ll. del Fuero solo tienen fuerza, en cuanto se hallan aprobadas por las de Part., ó de los Ordenam. ó por la costumbre; como latamente lo prueba Rodrig. Suar. en el proemio del Fuero, l. 1. de Toro; así es que, de las ll. del Fuero solo alego las que se hallen en el caso indicado. Y aunque segun derecho comun se concede el término de dos años, con todo, si el acreedor no quiere aguardar tanto tiempo, podrá instar en juicio, que sea condenado el deudor, y entónces se trabará la ejecucion en la prenda; sin que haya inconveniente en que concurran la prenda pretoria y la convencional; así lo declara Alberic. en d. l. últ., y como dice Bald. en la l. últ. al fin C. *de bon. auct. jud. possid.*, si alguien entendiese de la adjudicacion pretoria la cit. l. últ. C. *de jur. domin. impetr.*, sepa que esta ley no está en uso. Téngase presente lo que dispone la de Part.

(219) Añád. l. últ. §. 2. C. *de jur. domin. impetr*; y lo mismo tendrémos, si se hubiese pactado que la prenda se vendiera por cierta cantidad, bajo tal condicion ó en cierto lugar, y no de otra suerte, l. 5. D. *de pignor. act.*, y lo nota Bald. en la l. 1. D. d. tít.

(220) No deben hacerse á la vez, sino que entre denuncia y denucia debe á lo menos mediar un dia, segun la Glos. y allí Bart. en la l. 4. D. *de pignor. act.*: esto es especial en este caso, bastando por lo general una sola denuncia, l. 87. §. 1. D. *de legat.* 2.: adviértase que la cit. glos. es única en su caso, segun Jas. en la l. 18. D. *de verbor. oblig.*, col. 2., y cítase á cada paso por los DD., y en particular por Bald. en la rubr. C. *de nov. cod. compon.* y en la l. 2. C. *quod met. caus.*, por Bart. en el tratado *de quæstion.*, y por Alex. en las adiciones á Bart. en la l. 1. §. 17. D. *de quæstion.*

(221) Tenemos aquí desde que momento empieza á correr el bienio; v. Glos. en d. l. 4. D. *de pignor. act.*

(222) Véase la l. últ. tít. 27. Part. 3. y lo que allí dije.

(223) Añád. §. 1. Instit. *quib. alien. licet vel non*, l. 4. D. *de pignor. act.* y l. 18. C. *de distrac. pig.*

(224) Añád. l. 6. C. *de distract. pig.* y l. pen. §. últ. D. d. tít.

(225) Luego, el acreedor no podrá vender al

LEY 44. *Como aquel a quien es empeñada la cosa, non la puede el mismo comprar, nin otri por el.*

El que tiene a peños alguna cosa de otri, non la puede el comprar (226), si la quisiere el vender. Fueras ende, si la comprasse el con otorgamiento, e con plazer de su señor della. E si de otra guisa la comprasse, non valdria la vendida. Ca quando quier que el señor de la cosa le diesse su debda, tenudo seria de gela desamparar. Mas si por auentura, metiendo la cosa en el almoneda, el que la touiesse a peños non fallase comprador, porque non gela quisiesse ninguno comprar, o non osasse por miedo del señor della, o porque les ouiesse el rogado que la non comprassen; entonce puede demandar al Juez del logar (227), que le otorgue aquella cosa por suya, e el Juez deuelo fazer; catando todavia, quanto es el debdo, e quanto podria valer la cosa. E si entendiere, que mas vale (228) la cosa que el debdo, deue mandar segun su aluedrio al que tiene la cosa por peño, quel torne lo demas al señor della. E si fallare que non vale tanto, deue otorgar otrosi al otro, que finque en saluo su derecho, para poder demandar al que le empeño la cosa, aquello que entendiere que vale de menos.

LEY 45. *De la debda que es dada sobre peños, e fiador; que derecho deue ser guardado, si los peños fuessen vendidos.*

Fiadores, e peños en vno, dando algund ome a otro, por alguna cosa quel deua fazer, o dar; si despues desso el señor empeñasse otra vez aquel peño a otro, ante que lo entregasse al primero; e este a quien lo empeño primeramente, demandasse el debdo al fiador, e lo cobrasse del, e el fiador demandasse despues el empeño a aquel que lo tenia; si el Juez geló otorgasse por suyo, por razon del debdo que ouiesse assi pagado, dezimos, que maguer el Judgador gelo otorgasse, con todo esso, quando quier que el señor del peño le diesse lo que pago por el, tenudo seria el fiador (229) de gelo desamparar. Esso mismo (230) dezimos que deue fazer el fiador, si aquel a quien despues obligo el señor la cosa a peños, gela demandare, pagando al fiador aquello que dio por precio del peño a aquel a quien era primeramente obligado: ca entonce deuegela desamparar.

LEY 46. *Como, quando la cosa es empeñada a dos omes, a cada uno por si, la puede cobrar el que la recibio o postremas, pagando al primero el debdo que auia sobre ella.*

Un peño obligando vn ome a dos apartadamente en dos tiempos departidos, si despues desso lo diesse en pagamiento (231) al primero (232), por aquella debda que auia sobre el; con todo esso, si el segundo debdor a quien fue empenado a postremas, pagare al primero aquello que auia el primero sobre el peño, tenudo es de gelo desampa-

fiado: empero lo contrario prueba la l. 24, §. 2. D. *de pignor act.*, con la circunstancia que respecto del deudor subsiste tambien la venta, en cuanto á lo que el valor de la cosa hipotecada supera la deuda: Paul. de Castr. en d. l. la entiende del supuesto que el acreedor no pudiese vender de otra suerte, ó que tal fuese la costumbre, l. 22. §. últ. D. d. tít.; de otra suerte no podrá hacer una gracia en perjuicio de tercero, arg. l. 122. §. 1. D. *de verbor. oblig.*

(226) Concuerda con la l. 10. C *de distract. pig.*, y con la l. 2. C. *si in caus. judic.* ¿Y si el acredor vendiese la prenda al fiador? V. l. 1. C. *de dol.*, l. 2. D. *de distract. pig.* y la l. sig. de este tít.: lo mismo tendrémos si el segundo acreedor compra del primero, l. 5. §. 1. y l. 6. D. d. tít., l. 1, C. *si antiqu. cred. pig. vend.* y l. sig. de este tít.

(227) La l. 3. C. *si in caus. judic.*, de la cual esta trae su orígen, dice *auctoritate Principis*: téngase pues presente esta ley de Part., la que parece seguir la opinion de Uber. de Bobbio, que puede verse en Alber. á la l. últ. C. *de jur. dom. impetr.*

(228) Añád. l. últ. tít. 27. Part. 3. y lo que allí dije.

(229) Añád. l. 1. C. de dol. y allí los DD.

(230) Añád. l. 2. C. *de distract. pig.*

(231) Lo mismo tendrémos, si se la vendiere, l. 1. C. *si antiqu. cred. pig. vend.* y allí Salic.; así como si el juez se lo adjudica, porque lo obrado por el juez se reputa hecho por la parte, l. 13. C. *de evict.*

(232) No tendrá esto lugar, si el mismo acreedor preferente vende la prenda á un estraño, entónces no compete al acreedor el derecho de ofrecer el precio, ll. 1 y 2. C. *si antiqu. cred. pig. vend.*, de donde esta de Part. se ha tomado: sobre la razon de diferencia, véanse Cyn., Alberic. y Salic. en d. lug. ¿Qué dirémos si el acreedor preferente que ha recibido en pago de la deuda la prenda, la vende á un tercero? Podrá tambien entónces á ese tercero ofrecérsele el precio por el acreedor posterior, atendido que el preferente no ha vendido en calidad de acreedor (jure creditoris), y si en fuerza del dominio adquirido, dominio que se hallaba afecto á la revo-

rar (233). Otrosi dezimos, que si acaesciesse, que el segundo (234) debdor comprasse el peño del primero, que auia poder de gelo vender, que quando quier que el señor de la cosa empeñada le diesse aquello que auia sobre ella, e la otra debda (235) que dio al primero quando la compro del, que se desata por ende la vendida, e es tenudo de tornarle aquella cosa que compro, seyendo del debdor. Pero los frutos (236) que recibio de la cosa despues que la compro, deuenle fincar en saluo: porque es derecho que los gane, por la compra que fizo.

LEY 47. *Como se puede desatar la vendida del peño, que obligasse el menor de veynte e cinco años.*

Menor (237) de veinte e cinco años empeñando alguna cosa de las suyas, so tal condicion, que si la non quitasse fasta dia cierto (238), que la pudiesse vender; dezimos, que si despues la vendiere, que se puede desatar la vendida, pudiendo prouar el menor, que era fecha a su daño (239). Pero tenudo es de dar al que la auia comprada, los maravedis, fasta aquella quantia por que el auia empeñado la cosa. Esso mismo (240) dezi-

cacion mediante el ofrecimiento del precio, y de consiguiente ha debido transmitirlo con este gravámen; el cual no existe, cuando en calidad de acreedor vende la prenda, y por lo mismo transfiere el dominio irrevocable: así lo declara Jacob. Aret., siguiendo á él Cyn. y Alberic. en d. l. 1. lo que merece notarse: así es que aconsejan allí Cyn. Alberic. y Salic., que, si se quiere comprar alguna cosa del que tiene muchos acreedores, conviene que, para orillar toda dificultad, se compre del acreedor preferente, vendiendo este en calidad de tal, l. 18. C. *de distract. pig.* y d. l. 1. C. *si antiq. cred.*

(233) ¿Deberá devolverse con los frutos? sígase en este punto lo que establece la l. 16. de este tít., esto es, procédase cual si un estraño hubiese comprado del deudor, d. l. 1. vers. *cum autem si antiqu. cred.*, y véase lo que dice Salic. siguiendo á Jacob. de Are. y Cyn. en la l. 3. C. *in quib. caus. pig. tacit.*

(234) Concuerda con la l. 5. §. 1. D. *de distract. pig.*, y la razon consiste, segun la l. 2. d. tít., en que semejante venta se verifica por precision de derecho, y con el objeto de transferir la prenda.

(235) ¿Pero si el precio escedia el importe de la deuda, por valer mas la cosa? Parece que el deudor no deberá ofrecer este esceso, porque debió pertenecerle á tenor de la l. 41. de este tít., y véase mas abajo la l. 48.—* Cuando el acreedor posterior pagando al preferente se ha emposesionado de la cosa hipotecada, no tiene en ella mas derecho que el de prenda por los dos créditos; de consiguiente, si se le pagan, debe devolver la prenda, sea cual fuere el valor de la misma; y parece que aquí habla de este caso la ley, y no de la verdadera compra, atendidas aquellas palabras, *e la otra debda que dió al primero quando la compró dél*; á mas de que, si lo que en esta parte dispone la ley, lo aplicásemos al caso de verdadera compra hecha por el acreedor posterior, tendríamos una injusticia manifiesta: supóngase que el crédito del acreedor preferente era de 700, y de 300 el crédito del otro, quien compra la prenda al primero por 1500; de cuyo precio entrega dicho acreedor preferente al deudor la cantidad de 800, esto es lo que sobra despues de haberse cobrado los 700; ahora bien, si el deudor podia luir la prenda por 1000, importe de las dos deudas, saldria ganando 800, pues no tenia mas que añadir 200 á lo que habia recibido del acreedor preferente; y de otra parte perderia 800 el acreedor que compró la cosa, toda vez que no recibe mas que 1000, y que á los 300 de su crédito añadió el desembolso de 1500. En vista de todo esto, no nos quedaria duda de que esta ley en su segunda parte no quiso hablar de la verdadera compra, si no fuese la disposicion que al final de la ley leemos acerca los frutos, disposicion que supone que el segundo acreedor fué un verdadero comprador, y que desembolsó el precio total.

(236) Entiéndase de todos los frutos, sin atender á la distincion de la l. 16. de este tít.

(237) Trae su orígen de la l. 7. §. 1. D. *de distract. pig.* —* Sobre la restitucion de los menores véase el tít. 19. Part. 6.

(238) Tiene pues lugar esta disposicion, aunque medie pacto que atribuya la facultad de vender la prenda; y la razon está en que el menor puede pedir la restitucion del contrato que ha celebrado: indico esto por lo que nota la Glos. y allí Salic. en la l. 6. C. *de restit. milit.*, Glos. 2.

(239) No espresa cual deba ser el daño; opínase comunmente que bastará el perjuicio regular, mas no el de poca monta, l. 1. C. *de præd. minor.*, l. 4. C. *de in integr. restit.* y la Glos. y DD. en la l. 2. C. *si advers. vendit. pig.*

(240) Estas palabras junto con las sig. manifiestan que tendrá lugar la restitucion, aun cuando el ausente por causa pública hubiese convenido con el acreedor, que este pudiese vender pasado cierto tiempo: lo contrario dijo la Glos. en la l. 6. C. *de restit. milit.*, glos 2. la que califican allí de admirable Bart. y Bald, fundados en que el militar ó cualquier otro ausente por causa pública, no puede pedir la restitucion respecto del contrato que celebró, y lo mismo opina allí Paul. de Castr.: empero Jacob. Butric. opina á favor de la restitucion, apoyado en que el ausente por causa de la milicia ú otra seme-

mos que seria, si vendiesse cosa que auia empeñado otro qualquier que fuesse mayor de veinte e cinco años, que non fuesse en el lugar quando la vendio; seyendo el en otra parte en seruicio de Dios, assi como en romeria, o en Cruzada; o en seruicio del Rey, o de su Consejo; o si yoguiesse en catiuo, o morasse en estudio aprendiendo sciencia, o en otra manera semejante destas. Ca cuando tornasse al lugar qualquier destos sobredichos, pagando el debdo por que ouiesse empeñado la cosa, deuela cobrar de qualquier que la haya comprada. Pero si fueren negligentes por cuatro años (241), despues que fuessen tornados a sus lugares, en demandar la cosa que assi fuesse vendida, non la podrian despues demandar, nin cobrar.

LEY 48. *Como se puede desatar la vendida, que non es fecha segun la ley.*

Vender queriendo la cosa el que la tuuiesse empeñada, e podiendolo fazer, segun dicho es en las leyes ante desta, non le puede embargar que la non venda (242), aquel que gela empeño. Fueras ende en vna manera; si quisiere pagar luego lo que auia sobre ella, o le quisiesse fazer cumplir aquello por que gela auia obligada, sin alongamiento, e sin rebuelta ninguna. Otrosi dezimos, que si el que tiene la cosa a peños la vendiesse, non auiendo poder de la vender, o auiendo poder (243) de la vender, la enagenasse contra la forma (244), e la manera que dize en las leyes deste Titulo, que fablan como deuen ser vendidas las cosas empeñadas; que estonce el señor de la cosa empeñada la puede demandar a quien quier que la falle (245), que la haya assi comprada. E la deue assi cobrar, pagando (246) a este que la assi auia comprada, lo que auia dado por ella, fasta en aquella quantia que la el auia empeñada, si por tanto fuesse vendida. E si menos, deue el dar tanto por ella, quanto le costo (247); e lo demas, guardelo para aquel que la auia empeñada. E si por auentura por mas la ouiesse vendida, de aquello por que la tenia a peños, lo demas es tenudo de lo pagar el que la vendio (248), e non el señor de la cosa. Mas si este que compro la cosa, la ouiesse ganada por tiempo (249), entonce deue fincar por señor della. Pero aquel que gela vendio, finca obligado (250) al señor de la cosa, de pecharle todos los daños, e menoscabos, quel vinieron por razon de aquella vendida, porque non fue fecha como deuia.

LEY 49. *Como se puede desatar la vendida del peño, que es fecha engañosamente.*

Con engaño vendiendo algun ome la cosa que

jante, no habrá podido cumplir con la obligacion contraida al plazo marcado, lo que verosimilmente hubiera verificado, á no sobrevenir la ausencia; así que, esta habrá causado el perjuicio; vienen en apoyo de lo dicho las ll. 1. y 2. C. *de restit. milit.*; y esta opinion dice ser la mas segura Saliceto, y la sigue Alberic. en d. l. 6.; á mas de que la ausencia pudo ser causa de venderse la cosa á menos precio: lo mismo opina Rafael citado allí por Paul. de Castr., y esta opinion es la que aquí se aprueba.

(241) Añád. l. últ. C. *de tempor. in integr. restit.*

(242) Concuerda con las ll. 1 y 2. C. *debit. vend. pign. imped. non poss.*

(243) Añád. l. 2. C. *si vend. pign. ag.*

(244) Véanse las ll. 41 y 42 de este tít.

(245) Esta ley parece desechar la opinion comun que indiqué en la Glos. 213.; de consiguiente, aunque al acreedor le competa en virtud de pacto la facultad de vender la prenda, será nula la venta, si no precedió la intimacion ó denuncia al deudor; si bien parece probar lo contrario, el ser, segun la cit. l. 41., uno de los requisitos el que la venta se haga con buena fe; requisito cuya falta no anula la venta, segun allí dije, y segun se espresa en la l. siguiente. Pudiera decirse que, sea lo que fuere de la opinion de los DD. segun derecho comun, estas ll. de Part. requieren la denuncia, aunque medie pacto espreso que dé facultad de vender el acreedor; cuya circunstancia faltando, carece de facultad para vender, en virtud de esta ley y de la cit. l. 41.; y de consiguiente, que será de la forma del acto, así la denuncia, como la publicidad de la venta; al paso que, lo que en la cit. l. 41. se dice de la buena fe, no seria de la sustancia del acto, en cuyos términos pudiera entenderse la ley sig.; y viene en apoyo de esto el que en la cit. l. 41. se dice *deue* cuando se habla de la buena fe.

(246) Añád. l. 65. D. *de rei vind.*

(247) Añád. l. 6. C. *de restit. milit.*

(248) La razon está en que semejante residuo no cede en utilidad del dueño, segun la cit. l. 65. — * El residuo pertenece al deudor, l. 41. de este tít.; pero la ley hablará del caso en que no lo hubiese cobrado del acreedor que vendió la prenda.

(249) Concuerda con la l. 2. C. *si vend. pig. ag.*

(250) Será reconvenido por la accion pignoraticia, l. 13. §. últ. y l. 14. D. *de pignor. act.*, l. 4. C. *de distract. pignor.* y la Glos. á la l. 1. C. *credit. evic. pig. non deb.*, glos. 1.; y subsidiariamente se le pedirá el precio, si la cosa hubiese sido

tuuiesse a peños, por menos de lo que valia, si el engaño pudiere prouar el señor della, dezimos, que deue demandar a aquel, a quien la empeño (maguer la pudiesse vender) todo el daño, e el menoscabo quel vino por razon de la vendida. Et si fuer tan pobre el vendedor que lo non pueda del cobrar, e aquel que la compro fue sabidor del engaño (251), entonce ha a demandar contra el, quel torne su cosa quel compro assi. E deuela cobrar con los frutos que el otro saco della, porque ouo mala fe en comprarla. Pero tenudo es el señor del peño, de tornar el precio que pago el comprador por ella, en la manera que dize en la ley ante desta. E si por auentura, este que ouiesse comprado la cosa empeñada, por menos de lo que valia, quisiesse desfazer el engaño, cumpliendo, sobre lo que auia dado por ella, fasta en la quantia que fallassen por derecho que valia, non le deue ser cabido (252). Fueras ende, si pluguiesse al señor de la cosa, que gelo otorgasse. Mas si este que compro la cosa, non fuesse sabidor del engaño, e ouo buena fe en comprandola, entonce non le empece a el el engaño, o la mala fe del vendedor, nin ha demanda ninguna contra el señor de la cosa empeñada, pues que aquel que la vendio lo podria fazer; como quier quel que fizo engañosamente tal vendida, sea tenudo de refazer el daño, e el mesnoscabo, al señor de la cosa empenada, assi como sobredicho es.

LEY 50. *Como es tenudo, o non, el que vende el peño, de fazerlo sano, al que lo compra.*

Obligado(253) seyendo algun peño a otro a tal pleyto (254), que aquel que rescibe la cosa a peños, que la pueda vender; si acaesciesse que la vendiesse, non como suya, mas como cosa empeñada (255), e despues desso venciessen por aquella cosa en juyzio, al que la comprasse del; entonce este que gela vendio, non seria tenudo (256) de gela fazer sana, mas el otro que empeño (257) la cosa al vendedor. Pero si aquel que

prescrita, l, 2. C. *si vend. pig. ag.* y allí la Glos.

(251) ¿Qué dirémos si el dolo estuvo únicamente de parte del comprador? La Glos. en la cit. l. 1. C. *si vend. pig. ag.* dice que este podrá ser subdiariamente reconvenido, con lo que supone que el acreedor que vendió con derecho y buena fe, será reconvenido en primer lugar: lo que no parece cierto, atendido que los efectos del dolo se concretan á la persona que lo cometió, l. 7. §. 7. D. *ex quib. caus. in possess. eat.* y l. 7. C. *de distract. pig.*; por lo que parece, y así opina Salic. en d. l. últ., que únicamente el comprador será responsable, y no el acreedor, escepto respecto de la cantidad en que el precio esceda al crédito, l. últ. C. *de distract. pig.*, y añade allí Salic. que, si el acreedor no puede satisfacer dicho esceso, podrá ser reconvenido el deudor en fuerza del dolo que cometió, arg. l. últ. D. de *de eo per quem fact. erit*, en cuyo caso añade podria sostenerse la Glos.; empero este último punto lo deja en duda, y con razon, pues que no hay testo que lo apoye: tampoco tiene á favor suyo la equidad, cual el caso de la cit. l. últ. vers. *plane*; y de otra parte el sentido de la Glos. no es el que quiere Salic., pues que debe entenderse á tenor de las leyes que cita, las que se refieren al supuesto que el fraude hubiese estado de parte del comprador y del acreedor.

(252) Aprueba la decision de Azon en la Suma C. *si vend. pig. ag.*, y la Glos. en la últ. C. d. tít.

(253) Cinco circunstancias deben concurrir para que no quede obligado al saneamiento el acreedor que vende la prenda: 1.ª que esta le haya sido obligada, como resulta de la misma palabra de la ley: 2.ª que el acreedor sea preferente, l. 2. C. *credit. evict. pig. non deb.*: 3.ª que crea pertenecer la cosa al deudor, d. l. 2. y esta misma ley de Part.: 4.ª que la ley ó el pacto le autorice para vender, como lo prueban aquellas palabras *que la pueda vender*; ó á lo menos que así lo crea; *interdum iuste posset errare*, como dice una glos. notabl. en la l. 1. C. d. tít.: 5.ª que no prometa el saneamiento, segun esta ley y la cit. l. 1.

(254) Lo mismo tendrémos si la facultad le proviene de la ley, l. 42 de este tít. y lo que dije en la glos. ant.

(255) Es decir, en calidad de acreedor. Si vende la prenda simplemente, los DD., segun Alberic. y Salic. en d. l., dicen que parece venderla como suya, arg. l. 1. §. 1. D. *si ag. vectig. vel. emphiteut. pet.*: empero esceptúese con Bald. en d. lug. el caso en que la venta se celebrare entre los que son sabedores de la hipoteca, arg. l. 32 D. *de contrah. empt.*

(256) Empero deberá ceder al comprador la accion pignoraticia contraria, l. 38 D. *de evict.* y la glos. 3 á d. l. 1.: en virtud del contrato no pasan los derechos personales al comprador, á no ser que se le cedan, segun d. l. 38. y la l. 55. D. d. tít.; así que, segun Ang. en d. l. 1., es conveniente que los escribanos continuen en las escrituras de venta la cláusula siguiente, «cediendo y concediendo el acreedor al comprador todos los derechos así reales como personales ó mistos, que pueda tener.»

(257) Tenemos aquí que el deudor debe el saneamiento, si se vindica la prenda vendida por el acreedor: añad. l. 12. §. 1. D. *de distract. pig.*,

vende la cosa, se obligasse (258) a fazerla sana; o sabiendo que era agena (259), e non de aquel que gela empeño, la recibio en peños, e la vendio (260) despues; o si la vendio como suya (261), e non como cosa empeñada; por qualquier destas razones tenudo seria el vendedor, de fazer sana la cosa a aquel que la comprasse del.

l. 74. §. 1. D. *de evict.* y l. 13. C. d. tít. Esto no tiene dificultad, si el acreedor tuvo derecho de vender, ó con razon creyó tenerlo, segun esta ley y lo que dije en la glos. 253: ¿empero, faltando dicha circunstancia, el comprador podrá dirigirse al deudor, dado que este quedó libre con el dinero de aquél? Salic. en d. l. 1. dice que si bien en este caso el acreedor debe el saneamiento, aunque haya vendido como tal acreedor, como se ve por lo que llevo dicho en la glos. 253, con todo el comprador podrá dirigirse contra el deudor, por medio de la accion útil *ex empto.*, no para la indemnizacion, pero sí en demanda del precio, como dice la Glos. en d. l. 12. §. 1., á fin de que el deudor no se enriquezca en daño de tercero, arg. d. l.: entiéndase esto cuando el acreedor que vendió fuere insolvente, y hace al caso la l. 1. vers. *plane* D. *de eo per quem fact. est.*: el acreedor además deberá ceder la accion pignoraticia, d. l. 38. D. *de evict.*

(258) Esto jamás se presume, si la venta es simplemente hecha; al contrario parece que tácitamente se ha convenido en que el acreedor no responderia de la eviccion, Glos. en d. l. 13. §. 1.: entiéndase si concurren las circunstancias indicadas en la glos. 253, y añád. l. 1. C. *credit. evict. pig. non. deb.* y l. 27. C. *de evict.* ¿Qué dirémos si el acreedor prometió el duplo á título de eviccion? ¿Podrá pedir ese duplo al deudor por medio de la accion pignoráticia contraria, si se ve precisado á satisfacerlo? La l. 22. §. últ. D. *de pign. act.* decide afirmativamente en el supuesto que semejante promesa fuese de costumbre, ó bien que la hubiese hecho para vender á mayor precio. Nótese tambien que si el acreedor promete el saneamiento, debe dársele caucion de indemnidad por el deudor, l. 8. §. 1. D. *de pign. act.*

(259) Concuerda con la l. 2. C. *cred. evict. pig. non deb.*

(260) Basta que lo sepa al tiempo de la venta, aunque lo ignorase cuando se constituyó la hipoteca, d. l. 2.

(261) Añád. l. 6. C. *de evict.*

APÉNDICE N°. 1°.

Orden de prelacion entre diferentes acreedores hipotecarios y quirografarios.

Lo interesante de la materia, el hallarse dispersas algunas de las leyes que se refieren á ella y la falta de sistema en ese punto de parte de los compiladores de las partidas, de cuya falta han debido resentirse los trabajos de nuestro glosador, nos precisan á tratarlo de nuevo, aunque prescindiendo de algunas cuestiones debatidas en la glosa. De los principios que vamos á establecer, unos son ciertos, otros probables, y de los primeros, los hay formulados por la misma ley, y otros que derivan mas ó menos directamente de sus disposiciones.

1.°

Los acreedores hipotecarios son siempre preferidos á los quirografarios (*a*), l. 2. tít. 15. y l. pen. tít. 3. de esta Part.

(*a*) Hay un acreedor al cual no se le atribuye espresamente hipoteca, y sin embargo se le anteponen únicamente los hipotecarios anteriores y los privilegiados: este es el que acredita por depósito de cosas fungibles l. pen. cit. Por este hecho parece que la ley le ha dado hipoteca; de lo contrario tendriamos que si se hallaban en manos de terceros poseedores los bienes del depositario no podria accionar contra dichos poseedores, mientras que accionando por la hipotecaria contra los mismos el acreedor de fecha posterior al depósito, conseguiria el cobro; lo que parece contrario al espíritu de la ley. Es de advertir que la l. 12. tít. 14 de esta Part. da por punto general al deponente la preferencia sobre los acreedores quirografarios, y no

2.°

Hallándose en concurrencia dos ó mas acreedores hipotecarios, es preferido el que tiene la hipoteca de fecha mas antigua, l. 27. de este tít.

3.°

En los préstamos con hipoteca se cuenta la antigüedad de esta, no desde que se convino acerca del préstamo y la hipoteca, y si desde el dia en que se entregó la cantidad ofrecida, l. 27. cit. (*b*).

4.°

Si la obligacion con hipoteca es condicional se cuenta la fecha desde el dia del contrato, y no desde el momento en que la condicion se cumple, l. 32. de este tít.: á no ser que la condicion fuese meramente potestativa de parte del deudor (*c*).

5.°

Si una obligacion se ha novado repitiéndose en la nueva obligacion las mismas hipotecas, conservarán estas la antigüedad que tenian antes de la novacion, esto es en cuanto montaba la obligacion antígua, l. 3. D. *qui potior. in pign.* (*d*).

6.°

La regla de la antigüedad de la hipoteca sufre escepcion en primer lugar cuando dos han recibido una misma cosa en hipoteca, y de personas distintas, ninguna de las cuales era el verdadero dueño: entónces es preferido el poseedor de la cosa hipotecada, aunque la obligacion sea mas reciente, l. 32. cit. (*e*).

7.°

Sufre tambien escepcion dicha regla cuando á no le ha sido constituida la hipoteca por el cuasi-dueño y á otro por el dueño mismo: entónces el que deriva su derecho de este será preferido, aunque sea posterior, l. 32. cit. (*f*).

8.°

La misma regla de la antigüedad de la hipoteca esperimenta tambien escepcion cuando concurre algun acreedor de los que se llaman privilegiados: estos son;

1.° El que acredita por razon de los gastos de entierro, funerales, del y última enfermedad deudor, así como el que satisfizo los derechos de otorgacion del testamento y del inventario de los bienes del mismo: la ley les da la preferencia sobre los demas acreedores del difunto, l. 30 de este tít., l. 12. tít, 13. Part. 1.ª y l. 8. tít. 6. Part. 6. (*g*).

2.° Los dueños de las heredades, por lo que mira al precio del arriendo, á quienes se les da preferencia sobre los frutos á los demas acreedores del arrendatario, l. 6. tít. 11. lib. 10. Nov. Recop.

3.° El que prestó para rehacer ó reparar alguna casa, ó bien para recomponer, habilitar ó aprovisionar una nave, en el supuesto que el dinero se hubiese empleado en realidad para cualquiera de dichos objetos; semejante acreedor es preferido, en cuanto á la casa ó nave, á todos los demas acreedores, aunque tengan hipoteca espresa anterior, l. 28. de este tít. (*h*); esceptuando empero la dote y el fisco, l. 29. de este tít.

4.° El que prestó para los gastos de almacenage y conduccion de mercancías; el cual es preferido respecto de ellas á los demás acreedores, aunque tengan hipoteca espresa anterior, á es-

sobre los hipotecarios: pero no espresa que el depósito deba ser de cosa fungible: así que, la disposicion general de esta ley podrá concertarse á las cosas no fungibles, en fuerza de la disposicion mas concreta de la cit. l. pen.

(*b*) La ley da por razon que estaba á la mano del que habia solicitado el prestamo, dejar de recibir la cantitad y separarse del contrato; es decir que la cosa no se halla irrevocablemente hipotecada mientras no se efectue la entrega del dinero: en otros términos, no hay obligacion, ni pura ni condicional, y por consecuencia, tampoco existe hipoteca, mientras pende de la mera voluntad del deudor el quedar ó no obligado; falta entonces el *juris vinculum*.

(*c*) Esta escepcion es un corolario del principio anterior.

(*d*) Aunque no encontramos semejante disposicion en nuestros códigos, parece que debe admitirse por hallarse de acuerdo con los principios generales de justicia.

(*e*) Hállase esto conforme con lo que se establece respecto de los cuasi-dueños cuando han obtenido la cosa de distintas personas, en cuyo caso es preferido aquel que posee al tiempo de la introduccion de la causa: ahora bien, si es preferido el cuasi-dueño poseedor, tambien deberá serlo al acreedor hipotecario, atendido que ademas de poseer en nombre del deudor, ejerce los derechos del mismo. Empero, si los cuasi-dueños derivan su derecho de una misma persona, merece siempre preferencia el primero á quien se entregó la cosa, aun cuando no posea al tiempo del litigio, l. 5o. tít. 5. de esta Part., á lo que parece consiguiente que el acreedor hipotecario de este, sea preferido indistintamente al que recibió la misma cosa en hipoteca del otro.

(*f*) El verdadero dueño puede vindicar su cosa del cuasi-dueño, del acreedor de este y de qualquier otra persona: nada mas natural pues, que esta preferencia á favor del qué tiene la hipoteca constituida por el dueño.

(*g*) Los AA. y la práctica colocan en la misma línea las costas de los litigios sostenidos para defender ó vindicar los bienes del deudor.

(*h*) Fúndase la ley en que el dinero de este impidió

cepcion de la dote y el fisco, l. 29. cit.

5.° El huérfano, respecto de la cosa comprada con su dinero, es preferido á los demás acreedores del comprador, aunque su hipoteca sea espresa, l. 30. de este tít. (i).

6.° El que prestó para la compra de alguna cosa bajo pacto que le quedaria especialmente hipotecada; el cual es preferido, respecto de dicha cosa, á los demás acreedores del comprador. l. 30. cit. (j).

7.° El fisco y la muger por su adote son preferidos á todos los acreedores con hipoteca tácita, aunque sea anterior, l. 33. de este tít. (k)

9.°

Si concurren diferentes acreedores privilegiados, ocuparán el primer lugar los gastos de entierro, funerales etc., segun la práctica y la opinion de los AA. apoyados en la disposicion terminante de la ley, y en razones de interés público.

Obtendrá el segundo lugar el dueño que reclama el precio del arriendo, pues que la ley espresa que por lo que toca á los frutos será preferido á todos los demás acreedores de cualquier calidad que sean; y hay una razon particular, á saber, que mientras no se ha pagado el precio, parece que el colono no se ha hecho dueño de los frutos, y de consiguiente, el dueño del predio es mas bien acreedor de dominio que verdadero hipotecario.

El tercer lugar parece deberia ocuparlo el que prestó para rehacer, reparar ó habilitar la cosa hipotecada, por exigirlo así la razon que da la ley, á saber que el dinero prestado impidió que la cosa se perdiera; además, la hipoteca especial privilegiada debe considerarse preferente á la general de la misma clase, segun aquel principio, *generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est*: empero la l. 29. de este tít. pospone espresamente dicho acreedor á la dote y al fisco, y lo mismo dispone respecto del que prestó para los gastos de conduccion y almacenage. De aquí nace una contradiccion manifiesta: en efecto, en virtud de semejante disposicion, y atendido el axioma *si vinco vincentem te, etiam vinco te*, el fisco y la muger resultarán preferidos á los acreedores con hipoteca espresa anterior, pues que á los mismos es preferido el que prestó para reparar la cosa hipotecada; al paso que la l. 33. de este tít. dispone que los acreedores que tienen hipoteca espresa anterior, ya general, ya especial, sean preferidos á la dote y al fisco.

Ahora, en el supuesto de prescindir de la escepcion de la cit. l. 29, escepcion que todo lo confunde en esta materia, vendrá en cuarto lugar el huérfano con cuyo dinero se compró la cosa: verdad es que su hipoteca es tácita y que por esta causa parece que debia ser pospuesto á la dote y al fisco, á tenor de la l. 33.; empero la de estos es general y la del primero especial: á mas de que se trata de un privilegio sobre una cosa que no hubiera entrado en el patrimonio del deudor sin el dinero del privilegiado. De otra parte no cabe preferir el huérfano al que prestó para reparar la cosa comprada, atendido que la razon (l) del privilegio que á este da la ley, comprende al huérfano, lo mismo que á otro acreedor cualquiera (m). Colocamos tambien en el cuarto lugar al que prestó para

que la cosa se perdiese, razon que tiene contra la dote y el fisco la misma fuerza que contra los demas acreedores: veáse mas abajo.

(i) Este privilegio es hijo de la consideracion que merece el huérfano, y su justicia está en que no se causa perjuicio á los acreedores, atendido que la preferencia se limita á la cosa cuya adquisicion se debe al dinero de aquel: fácilmente se concibe por lo dicho que no gozara de privilegio respecto de aquellos á quienes la cosa hubiese sido hipotecada por el vendedor ó su causante cuando la poseia.

(j) A los acreedores hipotecarios del vendedor anteriores á la enagenacion no puede ser preferido; veáse la nota anterior. Adviértase que la ley habla del pacto de hipoteca especial de la cosa que debe comprarse, pero parece que la misma razon hay respecto de la misma cuando se prestó el precio con el pacto de hipoteca general.

(k) Hablando la ley del fisco sin distinguir, parece que será aplicable á todos los casos en que tenga hipoteca: esta puede ser espresa ó tácita. La tiene tácita, 1° por los tributos, l. 25 de este tít.; 2° sobre los bienes de los recaudadores y arrendatarios de las rentas públicas, l. cit.; 3° sobre los bienes del delincuente, á lo menos en cuanto á la reparacion del daño causado, l. pen. tít. 3. de esta Part. Verdad es que esta ley no dice espresamente que por razon del delito tenga hipoteca el fisco; pero le da preferencia sobre el acreedor por depósito de cosas fungibles, el cual es antepuesto á los que tienen hipoteca tácita aunque sea anterior, á lo que es consiguiente que el fisco sea preferido á tales hipotecarios, á tenor del principio, *si vinco vincentem te etiam vinco te*; y cuando no haya acreedor por depósito parece que tambien tendrá preferencia el fisco sobre semejantes acreedores, puesque sin razon se le negaria por existir un acreedor menos, un derecho de que gozara con un acreedor mas. Adviértase que atendidas las palabras de la l. 33 de este tít., cuando media hipoteca general espresa anterior, no cabe dar preferencia al fisco respecto de los bienes adquiridos por el deudor con posterioridad al dia en que aquel adquirió el derecho, como lo pretenden algunos fundados en el derecho romano.

(l) A saber, porque el dinero prestado impidió que la cosa hipotecada se perdiera, l. 28 de este tít.

(m) Si atendemos á la escepcion de la l. 29, y dan-

comprar la cosa con el pacto que le quedara hipotecada: este, por lo dicho, será pospuesto al que prestó para reparar la misma cosa, y antepuesto al fisco y á la dote, por ser espresa la hipoteca que tiene dicho acreedor, l. 33. cit.

10.

Cuando concurran dos privilegiados de igual clase, la muger y el fisco, por ejemplo, se atenderá á la antigüedad de la hipoteca, l. 33. cit.(*n*). Esceptúese el caso que, entrando en concurrencia los herederos de la primera muger con la segunda ó sus herederos, se hallase entre los bienes del marido alguna cosa que procediese de la segunda muger; entónces, respecto de dicha cosa, tendria preferencia el adote de esta, aunque de fecha posterior, l. 33. cit. (*ñ*).

11.

En todo caso el acreedor que prueba su hipoteca con escritura pública, ó bien con escritura privada estendida de mano del deudor y firmada por tres testigos, será preferido al que se funda en otra escritura privada ó en la declaracion de testigos que depongan acerca la deuda y la hipoteca, l. 31. de este tít. (*o*).

12.

Si los acreedores hipotecarios son de una misma fecha y no hay motivo de preferencia por razon de privilegio, se dividirá entre ellos á prorata el precio de la cosa hipotecada.

13.

Despues de los acreedores hipotecarios vendrán los simples quirografarios (*p*) por el órden siguiente:

1.° Los que prueban el crédito con escritura pública, l. 5. tít. 24. lib. 10. Nov. Recop.

2.° Los que acreditan su derecho con escritura privada redactada en papel del sello correspondiente, l. cit. (*q*).

3.° Los que solo tienen á su favor un documento privado en papel comun, l. cit.

Entre los acreedores de la segunda clase la ley da preferencia á la antigüedad, lo que con mayoría de razon debe tener lugar entre los de la primera.

No obstante el órden de prelacion indicado, si uno de los quirografarios obtiene sentencia que pase en juzgado, será preferido á los demás, l. 11. tít. 14. de esta Part. (*r*).

14.

Cuando concurran dos ó mas acreedores quirografarios de una misma clase, y que, perteneciendo á la primera ó segunda, sean de una misma fecha, cobrarán á prorata, l. 11. cit. al fin.

do por sentado que el huérfano venza al fisco y á la dote; vencerá tambien al accreedor de que aqui se trata, puesque segun la cit. l. es pospuesto al fisco y á la dote; pero con un argumento análogo podriamos probar que estos son preferidos al huérfano, pues que semejantes acreedores vencen por la cit. l. al que prestó para reparar la cosa hipotecada: repetimos que no puede sostenerse la escepcion de la l. 29 sin que esta materia se convierta en un laberinto sin salida.

(*n*) Dos privilegios iguales se destruyen mutuamente: *privilegiarius contra privilegiarium non gaudet privilegio.*

(*ñ*) Greg. Lopez glosa 175, estiende la disposicion de esta ley á las cosas dotales estimadas á título de venta; nosotros adelantando mas decimos que la ley se refiere únicamente á tales cosas; puesque respecto de las demas los herederos de la primera muger puedan instituir la accion de dominio, y de consiguiente no podia haber cuestion de preferencia en punto á las mismas.

(*o*) Despues de la pragmática sobre el registro de hipotecas esta ley no ha podido tener aplicacion á los bienes raices; porque en virtud de dicha pragmática no hay hipoteca, á lo menos en perjuicio de tercero, sin registro, y no cabe el registro respecto del acto que no consta de escritura pública: empero, por lo que mira á la hipoteca de bienes muebles, no hallamos directa ni indirectamente derogada la disposicion de la l. 31., y á lo mas habrá sido modificada por la l. 5. tít. 24. lib. 10. Nov. Recop., la que, si bien habla únicamente de los acreedores quirografarios, podria, atendido su espíritu, considerarse aplicable á los hipotecarios, véase mas abajo en el nº 13.

(*p*) Sobre el acreedor por depósito el cual es generalmente considerado como quirografario privilegiado, véase lo que llevamos dicho en la nota *a*.

(*q*) Dado que aun despues de la pragmática de hipoteca, pueda constituirse la hipoteca con escritura privada y por medio de testigos cuando son muebles los bienes que se obligan, como llevamos indicado en la nota *o*, ¿será pospuesto un acreedor hipotecario de esta clase al quirografario que prueba su crédito con escitura pública? Resístelo la letra de la cit. l. 5., puesque á los acreedores quirografarios con escritura pública únicamente les da preferencia sobre los demas créditos personales; pero tambien es indudable que tomada en este sentido riguroso no servia para su principal objeto, el de impedir las antedatas: en efecto, podia entonces el deudor con una simpla escritura privada en papel comun, dejar burlados á todos sus acreedores quirografarios á qualquier hora, con tal que no olvidase en aquella la cláusula de hipoteca.

(*r*) Greg. Lopez en la Glos. á ésta ley la entiende bajo el supuesto que el deudor hubiese pedido la ejecucion en virtud de la sentencia. Parécenos esta interpretacion algo aventurada, y que nuestro glosador ha confundido dos cosas muy distintas, á saber el derecho de preferencia, del cual se trata únicamente en la cit. l. 11., y la facultad de revocar el pago hecho á otro acreedor, de la que se ocupa la l. 9 tít. 15. de esta Part., atribuyéndola el acreedor que ha hecho

15.

Sin embargo de lo dicho en los dos números anteriores, si el deudor paga á uno de los acreedores quirografarios de cualquier clase que sea, será válido y subsistente el pago, sin que los demás quirografarios tengan derecho á reclamacion alguna; á no ser que el deudor verificase el pago despues de haber hecho cesion de bienes, ó bien cuando ya se le habia trabado la ejecucion en los mismos á instancia de alguno de dichos quirografarios, háyase ó no formado concurso necesario, l. 9. tít. 15. de esta Part. (s).

16.

Subrogacion de un acreedor ó de un tercero en el lugar que otro acreedor ocupaba.

El acreedor que paga á otro acreedor, ya anterior, ya posterior, queda subrogado en el lugar que este ocupaba y en los derechos que le correspondian respecto de las hipotecas, l. 34. de este tít. (t).

Resulta tambien una especie de subrogacion tácita del hecho de comprar un acreedor la prenda al preferente: en efecto esa compra no atribuye el verdadero dominio, pués que el deudor puede aun redimir la prenda satisfaciendo al acreedor su crédito primitivo, mas el del acreedor que la vendió, l. 46. de este tít. Lo mismo resulta cuando el fiador paga á un acreedor y se emposesiona de la prenda, l. 45. d. tít.

Un tercero puede colocarse en el lugar de uno de los acreedores, 1.° pagando á este acreedor con el pacto de que este le cederia sus derechos: 2.° prestando al deudor al efecto de que satisfaciera á dicho acreedor, con tal que, concurran además las siguientes circunstancias; que el deudor dé por razon del préstamo la misma hipoteca que tiene el acreedor al cual se trate de satisfacer; pacto entre el deudor y el que le presta, que este tendrá sobre la hipoteca el mismo derecho que tiene dicho acreedor; y por fin que se efectue el pago con el dinero prestado, l. cit.

APÉNDICE N°. 2°.

Registro de hipotecas.

Las cortes reunidas en Toledo en 1539 hicieron presente á D. Cárlos y Doña Juana lo conveniente que seria establecer un registro en cada cabeza de jurisdiccion, donde debiesen anotarse las cargas ó gravámenes que pesaran sobre los bienes raices; y así se dispuso, l. 1. tít. 16. lib. 10. Nov. Rec. En las cortes de Valladolid de 1555 se repitió la misma súplica l. cit., lo que prueba que lo sancionado en 1539 no habia tenido observancia, ó que muy pronto habia caido en desuso. En 1713 Felipe V, en vista de la inobservancia de las disposiciones anteriores y de los perjuicios que de aquí se originaban, mandó, que se observasen y guardasen, y que los jueces y ministros que al tenor y forma de ellas contraviniesen, por el propio hecho y sin necesidad de otra prueba fuesen privados de oficio, debiendo además pagar el daño ocasionado, con el cuatro tanto; y añadió, que para la mayor seguridad de los registros, el oficio estuviese en todas las ciudades, villas y lugares, y que los instrumentos se registrasen por los escribanos de ayuntamiento, interponiendo los jueces ordinarios su autoridad, así para el registro, como para la saca, l. 2. tít. cit.

No obstante el rigor de las penas, no pasó mucho tiempo sin que se vieran admitidas por los tribunales las escrituras no registradas, al lado de las que tenian los requisitos de la ley. Esto dió lugar á la Instruccion conocida por *Pragmática de hipotecas*, que se publicó en 1768, para la mayor esplicacion y observancia de las leyes

trabar la ejecucion en los bienes del deudor; véase el nº 15.

(s) Hecha la cesion de bienes, el deudor viene á ser incapaz para ejercer el menor acto relativo á ellos, y de consiguiente debe ser nulo el pago. La traba de ejecucion atribuye al acreedor que la instó, el derecho de hipoteca llamada judicial, l. 1. tít. 13. de este Part.; así pues, aun cuando se considerase valido el pago hecho á otro acreedor despues de trabada la ejecucion, le corresponderia al ejecutante la accion hipotecaria.

(t) Esta ley habla únicamente del segundo acreedor que paga al tercero, empero la misma razon hay cuando el que se halla en segundo ó ulterior lugar paga al preferente, l. 16. D. *qui potior. in pign.*

anteriores, como se espresa en su mismo preámbulo, l. 3. tít. cit.

En esta materia hay que atender; 1.° á los oficios de hipotecas considerados con respecto á los lugares donde han podido ó debido establecerse, y á las formalidades y reglas que en ellos deben observarse; 2.° á cuales sean los actos que deben registrarse; 3.° al término dentro del cual deba verificarse el registro; 4.° á los efectos que produzca la falta del registro.

Oficios de hipotecas—donde han debido ó podido establecerse—formalidades y reglas que deben guardarse en ellos.

1.° En cada cabeza de partido debe haber un oficio de hipotecas, l. 3. cit. art. 1.°: por la misma ley el encargado de dicho oficio era el escribano de ayuntamiento; pero con real órden de 15 de julio de 1833 se dispuso que se procediese á la enagenacion vitalicia de las contadurías de hipotecas á beneficio de la caja de amortizacion, bajo las correspondientes seguridades de parte de los elegidos, de probidad, suficiencia y pago de valimiento, prefiriéndose por el tanto, supuestas las mismas condiciones, á los escribanos de ayuntamiento, ó que los mismos ayuntamientos, como dueños por la ley de hacer estas elecciones en sus escribanos de cabildo, satisfagan el propio servicio de valimiento.

2.° Se dejó por la pragmática al arbitrio de las audiencias en sus respectivos territorios, señalar algunas cabezas de jurisdiccion, aunque no sean de partido, si vieren que así conviene para la mayor y mas fácil observancia de la ley, atendida la estension ó distancia de los partidos, l. cit. art. 14; empero la regla 5.ª de la real órden de 3 de diciembre de 1838 reserva esta facultad al gobierno.

3.° El encargado del oficio de hipotecas debe tener, ya sea en un libro, ya en muchos, registros separados de cada uno de los pueblos del distrito, con la inscripcion correspondiente; de modo que con distincion y claridad se tome la razon respectiva al pueblo en que estuvieren situadas las hipotecas; y si las hipotecas estuviesen situadas en distintos pueblos, se anotará en cada uno la que le corresponda, l. cit. art. 1.°

4.° Los asientos se distribuirán por años, para que mas fácilmente pueda hallarse la noticia de las cargas, art. cit.

5.° Los libros deben ser encuadernados y foliados en la misma forma que los escribanos lo practican con sus protocolos, art. cit.

6.° Luego que el escribano originario remita algun instrumento que contenga hipoteca, lé reconocerá y tomará razon el escribano de cabildo dentro de veinte y cuatro horas (u) para evitar molestias y dilaciones á los interesados; y si el instrumento fuere antiguo y anterior á la ley 2, despachará la toma de razon dentro tres dias; y no verificándolo en este término le castigará el juez en la forma que previene dicha ley, l. 3. cit. art. 2.

7.° El instrumento que se ha de exhibir en el oficio de hipotecas, ha de ser la primera copia que diere el escribano que hubiese otorgado la escritura, que es el que llaman original; escepto si por pérdida ó estravio de algun instrumento antiguo se hubiere sacado otra copia con autoridad de juez competente, pues en tal caso se tomará de ella la razon, espresándolo así, l. cit. art. 3.

8.° La toma de razon está reducida á referir la fecha del instrumento, los nombres de los otorgantes, su vecindad, la calidad del contrato, obligacion ó fundacion; diciendo si es imposicion, venta, fianza, vínculo ú otro gravámen de esta clase, y los bienes raices gravados ó hipotecados que contiene el instrumento, con espresion de sus nombres, cabidas, situacion y linderos en la misma forma que se esprese en el instrumento; previniéndose, que por bienes raices, ademas de casas, heredades y otros de esta calidad inherentes al suelo, se entienden tambien los censos, oficios y otros derechos perpetuos que puedan admitir gravámen ó constituir hipotecas, l. cit. art. 4.

9.° Cuando se llevare á registrar instrumento de redencion de censo, ó liberacion de la hipoteca ó fianza, si se hallare la obligacion ó imposicion en los registros del oficio de hipotecas, se buscará, glosará y pondrá la nota correspondiente á su márgen y continuacion, de estar redimida ó estinguida la carga; y si no se halla registrada la obligacion principal, ó aunque se halle, queriendo la parte, se tomará la razon de la redencion ó liberacion en el libro de registro, de la misma forma que se debe hacer de la imposicion, l. cit. art. 6.

10. Cuando al oficio de hipotecas se le pidiere alguna apuntacion estrajudicial de las cargas que constaren en sus registros, la podrá dar simplemente, ó por certificacion autorizada, sin necesidad de que intervenga decreto judicial, por ahorrar costas, l. cit. art. 7.

11. Para facilitar el hallazgo de las cargas y liberaciones, tendrá la escribanía de ayuntamiento un libro índice ó repertorio general, en el cual por las letras del abedecedario se vayan asentando los nombres de los imponedores de

(u) El Supremo Consejo de Castilla con órden comunicada á la Audiencia de Cataluña con fecha 6 de setiembre de 1769. estendió y prorogó el término de 24 horas al de tres dias.

las hipotecas, ó de los pagos, distritos ó parroquias en que están situados, y á su continuacion el folio del registro donde haya instrumento respectivo á la hipoteca, persona, parroquia ó territorio de que se trate; de modo que por tres ó cuatro medios diferentes se pueda encontrar la noticia de la hipoteca que se busque: y para facilitar la formacion de este abecedario general, tomada que sea la razon, se anotará en el índice, en la letra á que corresponda, el nombre de la persona; y en la letra inicial correspondiente á la heredad, pago, distrito ó parroquia se hará igual reclamo *(x)* l. cit. art. 8.

12. Ejecutado el registro pondrá el escribano de cabildo en el instrumento exhibido la nota siguiente: *Tomada la razon en el oficio de hipotecas del pueblo tal, al folio tantos, en el dia de hoy;* y concluirá con la fecha; la firmará y devolverá el instrumento á la parte, á fin de que si el interesado quisiere exhibirla al escribano originario ante quien se otorgó, para que en el protocolo anote estar tomada la razon, lo pueda hacer; el cual esté obligado á advertirlo en dicho protocolo, art. 5.

13.° Todos los escribanos están obligados á hacer en todos los instrumentos de que trata la cit. l. 2., la advertencia de que se ha de tomar la razon dentro del preciso término de seis dias, si el otorgamiento fuere en la capital, y dentro de un mes, si fuese en pueblo de partido, bajo las penas que ella impone, l. cit. art. 10.

Escrituras que deben registrarse.

14.° Deben precisamente registrarse los instrumentos de imposiciones, ventas y redenciones de censos ó tributos; las ventas de bienes raices, ó considerados por tales, que constare estar gravados con alguna carga; las fianzas en que se hipotecaren especialmente tales bienes; las escrituras de mayorazgos ú obra pia; y en general todos los que tengan especial y espresa hipoteca ó gravámen, con espresion de ellos, ó de su liberacion ó redencion, l. 3. cit. art. 1. *(y)*.

15.° No tiene lugar el registro cuando no haya escrituras: y entónces, los actos celebrados quedan sujetos á la disposicion del derecho comun, art. 2. de la l. 4. tít. 16. cit. *(z)*.

16.° Será indispensable registrar, no solo el

(x) Este artículo es algo oscuro: al fin parece indicar que de cada acto deben únicamente hacerse dos anotaciones en el índice general; una en la letra inicial del nombre del imponedor de la hipoteca ó carga, y otra en la inicial de la heredad, pago distrito ó parroquia; al paso que poco antes manifiesta ser su intencion que por tres ó cuatro medios diferentes pueda hallarse la noticia de la hipoteca. Ademas dice en la primera parte que al hacerse la anotacion en el índice se espresará el folio del registro donde haya instrumento respectivo *á la hipoteca, persona, parroquia ó territorio de que se trata*, lo que parece suponer que la anotacion debe hacerse en la inicial del nombre de la heredad, si lo tiene, en la correspondiente á la persona y en la del territorio. Esto parece ser lo mas conforme al espíritu de la disposicion.

(y) Orígínanse de aqui varias cuestiones que vamos á indicar:

1.ª ¿Se hallan sujetas á registro las ventas, permutas y en general las transmisiones de bienes raices, aunque no conste estar gravados? Resolvióse afirmativamente por la órden del Supremo Consejo citada en la nota *u*, comprendiendo en su decision las instituciones de heredero con gravámen de substitucion. 2.ª ¿La necesidad del registro se estiende á los documentos que contienen hipoteca general y no especial? Decidióse tambien afirmativamente por la órden cit. 3.ª ¿Deberán registrarse los documentos comprensivos de contratos ú otros actos de los que deriva hipoteca tácita? La pragmática no los comprende: concrétase, como queda dicho á los que contengan especial y espresa hipoteca ó gravámen. Ahora bien ¿la pragmática entendería derogar todas las hipotecas tácitas, ó dejarlas en toda su fuerza sin sujecion al registro? lo primero hubiera sido una innovacion de grande trascendencia, y que por lo mismo requeria que la ley fuese mas esplícita: la segunda interpretacion está de acuerdo con la práctica; pero es preciso confesar que de esta suerte habrá quedado muy atras la ley, atendido el objeto que se propuso; porque serán infinitos los gravámenes de una finca, que podrán ocultarse al que intente contratar con su dueño.

(z) Esta ley da la razon en los siguientes términos: «porque no tiene que ver con la pragmática de registro de hipotecas, que trata de escrituras y no de acciones; y el acreedor censualista tiene derecho á hacer compeler á su deudor del censo, para que le reconozca, oyéndose á este; y hasta que se otorgue el conocimiento por la escritura formal, no tiene lugar el registro;» disposicion que puede traducirse en lenguage mas legal en esta forma: el registro habla de las cargas ó gravámenes que afectan á los bienes raices; y no de los derechos personales (acciones), ahora, el acreedor sensualista solo tiene un derecho de la segunda clase, mientras no se hubiese formalizado la escritura. A mas de la imperfeccion en el lenguage, tiene la ley otro defecto y consiste en que su disposicion es general, y la razon de ella concretada á los censos; de ahí es que si bien resulta bastante claro que mientras no se formalice escritura no hay censo y sí solo accion personal contra el que se obligó á su imposicion; no deja de quedar alguna duda respecto de los demas gravámenes. Parécenos que esta ley podia espresarse de un modo mas sencillo, mas general y mas conforme con las disposiciones de la pragmática, á saber: la ley no reconoce imposicion de gravá-

TITULO XIV.

DE LAS PAGAS, E DE LOS QUITAMIENTOS (a), A QUE DIZEN EN LATIN COMPENSACION, E DE LAS DEBDAS QUE SE PAGAN A AQUELLOS A QUIEN LAS NON DEUEN.

Pagas, e quitamientos son dos cosas, que por cada vna dellas se desatan las promissiones, e los pleytos, e las posturas, e los obligamientos de las fiaduras, e de los peños. Onde, pues que en los Titulos ante deste fablamos de todas las cosas por que se pueden obligar los omes vnos a otros por palabras; queremos dezir en este, en que manera se puede desatar tal obligamiento. E mostraremos, que quiere dezir paga, e quitamiento. E

acto principal si que tambien los accesorios que sean á manera de complemento de aquel, porque de lo contrario no podria constar en el oficio de hipotecas la constitucion definitiva de la hipoteca, censo ú otro gravámen: si se ha otorgado, por ej., escritura de venta al contado, sin constar en ella la entrega del precio, será preciso que se registre despues la escritura de recepcion del mismo, sin perjuicio de haber cumplido con esta formalidad respecto de la de venta: lo mismo tendrémos si se han otorgado cartas dotales, no verificándose en el acto la entrega del adote; entónces tambien deberá registrarse el ápoca que acredita la recepcion de este; porque en este caso dichas cartas dotales y el ápoca son los instrumentos de dos actos de cuya reunion resulta la obligacion de los bienes del marido.

Tiempo dentro del cual las escrituras deben presentarse para la toma de razon al oficio de hipotecas.

17.° Los documentos posteriores á la pragmática han debido y deben presentarse al registro dentro seis dias, si se otorgaren en la capital, es decir en el mismo pueblo donde aquel se halla establecido; y dentro de un mes si fuese en pueblo distinto, l. 3. cit. art. 10.; advirtiéndose que si el instrumento debiese registrarse en diferentes oficios de hipotecas por ser varias las fincas gravadas, la parte interesada tendrá treinta dias mas para el segundo registro, otros treinta para el tercero, y así sucesivamente, empezando á correr los del segundo desde el dia en que se efectuó el primero (a).

18.° En cuanto á los documentos anteriores á la publicacion de la prágmatica cumplirán las partes con registrarlos antes que los hubieren de presentar en juicio al efecto de perseguir las hipotecas ó fincas gravadas, l. 3. art. 2. (b).

Consecuencias de la falta de registro.

19.° Faltando el registro y toma de razon no harán fe los instrumentos en juicio ni fuera de él, para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en el instrumento; y los jueces que contravinieren incurrirán en las penas de privacion de oficio y de daños con el cuatro tanto, arts. 2. y 10. de la l. 3. cit.

20.° Limitando la ley la ineficacia del instrumento no registrado, á la persecucion de las hipotecas y á la verificacion del gravámen, y atendido de otra parte el objeto á que se dirigió la institucion del registro; es evidente que en lo demás el instrumento gozará de toda su fuerza; de consiguiente aun cuando se hubiese dejado de registrar la escritura de venta de una finca gravada con hipoteca ó censo, producirá dicha escritura su efecto entre el comprador y el vendedor, por mas que sea ineficaz para fundar la accion hipotecaria, ó para reclamar el pago del censo.

men sin que se registre; el registro no es posible, á menos de entrar en investigaciones agenas de la naturaleza del oficio de hipotecas, si no se presenta un documento fehaciente, y este no puede ser otro que una escritura pública.

(a) Así lo declara el Supremo Consejo en la órden citada en la nota u.

(b) Por auto acordado del Consejo de 28 de enero de 1774 se previno, que las Chancillerías y Audiencias dispusiesen que en todos los pueblos de su territorio se fijase edicto con el término de 60 dias perentorios para que dentro de él las personas que tuviesen censos á su favor ó hipotecas, acudiesen á tomar razon en las contadurías de hipotecas de sus partidos; no pudiendo escusarse de verificarlo con el pretesto de haberse constituido el censo con anterioridad á la promulgacion de la real pragmática, tít. 16. cit. nota 2. El mismo Consejo con decreto de 21 de junio del mismo año, prorogó por un año mas el término prefijado para el registro, tít. cit. nota 3. Sin embargo, varias reales órdenes se han sucedido concediendo nuevos plazos, hasta que por la de 24 de octubre de 1836 se dispuso que pudiesen registrarse los instrumentos anteriores á la pragmática, no obstante haber pasado el término perentorio prefijado por la real órden de 22 de enero del mismo año, reservándose S. M. señalar mas adelante el dia en que haya de concluir esta facultad.

(a) et de los descontamientos Acad.

a que tiene pro. Et quantas maneras son de paga, e de quitamiento. E como se deue fazer, e a quien, e de que cosas, e quando. E que deue fazer el debdor, quando paga lo que deue, e aquel a quien ha de fazer la paga, non la quiere tomar. E de si diremos, de todas las maneras de quitamientos, e de renouamientos, e de descontamientos de debdas, e de pleytos. E por que razones se puede reuocar la paga, o el quitamiento, despues que es fecho.

LEY 1. *Que quiere decir Paga (b), e Quitamiento; et a que tiene pro.*

Paga tanto quiere dezir, como pagamiento que es fecho a aquel que deue recebir alguna cosa, de manera que finque pagado della, o de lo quel deuen fazer. E quitamiento es, quando fazen pleyto al debdor, de nunca demandar (1) lo quel deuia, e le quitan el debdo (2) aquellos que lo pueden fazer. E tiene esto grand pro al debdor, porque quando paga la debda, o le quitan della, fincan libres el, e sus fiadores (3), e los peños, e sus herederos, de la obligacion en que eran obligados, por que lo deuian dar, o fazer.

LEY 2. *Quantas maneras son de Pagas, e de Quitamientos.*

De pagas son tantas maneras, quantas son naturas de debdas, en que vn ome se puede obligar a otro. Ca segund dizen los Sabios antiguos, pagando ome lo que deue, es libre (4) de la obligacion en que era, por lo que deuia dar, o fazer. E aun puede ome ser libre della por quitamiento (5), o por renouar pleyto (6) otra vez, o por dar (c) de mano (7) quien cumpla el pleyto, o faga la paga; o por compensacion, que quier tanto dezir, como descontar vn debdo por otro; o por muerte de la cosa que deue ser dada; e en otras maneras muchas, que se muestran por las leyes de este Titulo.

LEY 3. *Como deuen fazer la paga, o el quitamiento, e a quien, e de que cosas.*

Pagamiento de las debdas deue ser fecho a aquellos que las han de recebir, e deuese fazer de tales cosas, como fueron puestas, et prometidas en el pleyto, cuando lo fizieron, e non de otras (8), si non quisiere aquel á quien fazen la

(*b*) ó quitamiento, Acad.

(*c*) manero quien Acad.

(1) Este es el pacto de no pedir la deuda, pacto que ya por derecho antiguo disolvia *ipso jure* la obligacion natural, y hacia ineficaz la civil, Glos. y los DD. en la l. 27, §. 2. D. *de pact.*

(2) Sea ó no bajo la forma de la aceptilacion; pues que el quitamiento se equipara al pago, aun cuando este se haya puesto por condicion, l. 81. §. 5. D. *de legat.* 1. — * Sin dificultad despues de la l. 1. tít. 1. lib. 10. Nov. Recop.

(3) Queda pues estinguida toda la obligacion, tanto lo principal, como lo accesorio, Instit. princ. *quib. mod. toll. oblig.*, l. 178. D. *de reg. jur.* regla *accesorium* 42. *de reg. jur.*, lib. 6., Glos. en la l. 3. §. 2. D. *si quid in fraud. patron.*, l. 38. tít. 13. de esta Part., y ll. 1 y 95. §. 4. D. *de solut.*

(4) Como dije en la l. ant.: empero el deudor no queda libre, si la cosa pagada no se hace del acreedor, l. 20. D. *de solut.* y v. l. 55. D. d. tít. y allí Bart.; si bien la solucion se rehabilita mediante la usucapion, l. 60. D. d. tít., así como se confirma por medio de la ratihabicion, si se hizo por un falso procurador, l. 71. §. 1. D. d. tít.: ¿y en el caso que se pague al *negotiorum gestor?* V. l. 88. D. d. tít. y allí Bart. [Véase la adicion á la glos. 25. de este tít.]: ¿y si lo que debo á un sugeto, lo pago á un tercero en virtud de mandato penal de parte de la república, ó en fuerza de otra especie de mandato de la misma? V. Bart. en la l. 102. D. d. tít. Poco importa que la cosa perezca por caso fortuito despues de haberse entregado, l. 4. C. *de naufr.* y allí Juan de Plat.; ¿pero qué dirémos en este caso, si lo que se pagó pudo repetirse como indebido? V. l. 49. princ. D. *de fidejuss.* Sin embargo, algunas veces el pago no quita del todo la obligacion, sobre lo cual véase Bart. en la l. 11. D. *de jurejurand.*

(5) Añád. §. 1. Instit. *quib. mod. toll. oblig.*

(6) Añád. §. 3. Instit. *quib. mod. toll. oblig.*

(7) Esto es, por medio de delegacion.

(8) Añád. l. 2. §. 1. D. *de reb. cred.* y allí la Glos., Bart. y los DD., l. 16. C. *de solut.* y l. 1. C. *de fabricens.* y allí Juan de Plat., y dígase lo mismo del deudor, el cual no puede ser precisado á pagar una cosa por otra; á no ser que así lo autorizase la costumbre, l. 5. C. *de agric. et cens.* y allí Juan de Plat. — * En esta materia hay que atender á la persona que paga, á la que recibe, á lo que se paga, al modo, tiempo y lugar. — *Sugeto que paga*: este puede ser el mismo deudor ó un tercero, segun esta ley, á no ser que al acreedor le interesase recibir la deuda de manos del mismo deudor, como el canon enfiteutico: adviértase que el pago hecho por aquel que no tiene libre la administracion de sus bienes es nulo; si bien se confirmará en el caso que la cosa fuere fungible y se hubiese consumido por el que la recibió, l. 14. §. últ. D. *de solut.* — *Sugeto que recibe*: este debe ser el mismo deudor, ó

paga. Pero si acaesciesse, que el debdor non pudiesse pagar aquellas cosas que prometiera, bien puede darle entrega de otras (9) a bien vista del Judgador (10). Otrosi dezimos, que si el que

su apoderado ó un *adjectus solutionis causa*; véanse sobre este punto las tres leyes siguientes junto con la glos. — *Cosa que debe pagarse*: la misma que es debida y no otra en vez de ella, escepto en el caso de que habla esta ley, acerca del cual véase la glos. 10. junto con la adicion. Debe la cosa debida entregarse en buen estado, á no ser que hubiese sufrido menoscabo sin culpa del deudor, atendiéndose entónces á la que debe prestar en virtud del contrato ú otra causa de la que proceda la obligacion.—*Modo del pago*: debe hacerse por el total: el acreedor no tiene precision de aceptar una parte de la deuda: si esta fuere con intereses puede rehusar el capital si no se le ofrecen juntamente dichos intereses, porque á proporcion que van venciendo son un accesorio de aquel, y constituyen una sola deuda con el mismo; Pothier, Pandect. tít. *de solut.* nº 61: empero el acreedor no puede rehusar al deudor el pago de una de las deudas so pretesto que no se las satisface todas, l. 15. D. *quib. mod. pig. vel hipot. solv.* Es evidente que podrá tener lugar el pago por partes cuando la deuda se hubiese dividido entre los herederos del deudor, así como si se reconviniere á los fiadores y estos no se obligaron solidariamente. — *Epoca del pago*: ó se espresó al constituirse la obligacion, ó nada se convino sobre este punto; si lo primero se efectuará el pago dentro del tiempo marcado; si lo segundo, el juez concederá el tiempo que considere necesario para cumplir la promesa, l. 13. tít. 11. de esta Part., cuya ley se referirá principalmente á las obligaciones de hacer: cuando la obligacion es de cierta cantidad, el juez ordena que se verifique el pago dentro diez dias.—*Lugar del pago*: si se espresó al constituirse la obligacion, en él deberá cumplirse, de lo contrario el deudor resarcirá al acreedor los perjuicios que le resultan de habérsele pagado en lugar distinto, l. 13. cit.: si no se hubiese fijado el lugar del pago, el deudor podrá ser reconvenido judicialmente en el lugar de su domicilio y en aquel donde contrató, l. 32. tít. 2. Part. 3., y no espresándose por la ley otra cosa hemos de entender que el pago se verificará allí donde la accion se instituye; empero, si el deudor quiere pagar sin esperar que se le reconvenga, ¿donde deberá efectuarlo? cuando la deuda fuere de cosa determinada parece que cumplirá poniéndola á disposicion del acreedor en el lugar donde estaba dicha cosa al tiempo de constituirse la obligacion, segun Pothier, Trat. de las Obligaciones, Part. 3ª cap. 1. art. 5: si la deuda es de cantidad tendrémos la duda de si deberá satisfacerla el deudor en el lugar del domicilio ó en el del contrato, ó bien en cualquiera de los dos; lo que parece indudable es que el deudor pagará bien en el segundo punto pudiendo allí hacer el depósito y la consignacion si no se le recibe la deuda, mayormente si era este lugar el de su domicilio al tiempo del contrato.

(9) Este es uno de los casos en que puede pagarse una cosa por otra; otros enumera la Glos. en d. l. 16. C. *de soluti* y en d. l. 2. §. 1. col. últ. D. *de reb. cred.* y allí Bart., cuyas decisiones son aprobadas por los DD., escepto lo que pone en ú t. lug.: véanse allí Alex. y Jas. quien acumula veinte escepciones de la cit. regl. Por lo que mira á sí, debiéndose cierta cantidad de dinero, podrá satisfacerse con oro ó plata en barras, véase Juan de Plat. en la l. 5. C. *de suscept. et archar.*, en la l. únic. C. *de collat. æris* y en la l. 1. C. *de arg. pret. quod thesaur. infert.* y Decio en d. l. 2 §. 1; y la decision parece deberá ser afirmativa, toda vez que el acreedor no siente ningun perjuicio: téngase esto presente por lo que mira al retracto de sangre ó gentilicio. [Sobre el caso que, siendo la obligacion de cierta cantidad de dinero, ha esperimentado este algun cambio con posterioridad al contrato, véase la adicion á la glos. 52. tít. 1. y la glos. 128. tít. 5. de esta Part.] Nótese que aun en el caso de poderse pagar una cosa por otra en virtud de ley ó costumbre, si la promesa se hizo con juramento, deberá cumplirse á la letra, como lo trae latamente Alex. consil. 37. vol. 2. dud. 2. Lo prometido verificar en un tiempo podrá cumplirse en otro distinto, mientras no cambien la sustancia ó las calidades de la cosa, segun Bald. en la l. 2. C. *de locat.* La facultad de pagar una cosa por otra, pasa al sucesor singular, l. 109. §. 1. D. *de legat.* 1, y allí Bart., donde tambien decide cuando por medio de la contestacion del pleito cesará la facultad de elejir entre dos cosas, de las que la una está *in obligatione* y la otra *in solutione.* ¿Cuando se paga una cosa por otra, de que accion hará uso el acreedor á quien se le vindica lo que recibió? Véase Bart. el cual distingue en la l. últ. vers. *aliam* D. *de solut.* Por lo que mira al tiempo por el cual subsiste la facultad de pagar una cosa por otra, véase Bart. en la l. 57. D. d. tít.; y en el caso de esta ley procederá aun cuando se haya llegado á la ejecucion de la sentencia contra el deudor contumaz, Juan Andr. en las adiciones al Specul. tít. *de execut. sent.* §. *sequitur* y Bald. y Salic. en la l. 3. C. *de execut. rei jud.* — * Véase la adic. á la glosa sig.

(10) No deberá pues el deudor la mejor cosa de las que tenga, como se dice generalmente en la auth. *hoc nisi* C. *de solut.*; basta que sea de mediana calidad á juicio del majistrado, segun aqui se espresa: parece aprobarse la opinion de

oviesse fecho pleyto de fazer alguna cosa, e non lo pudiese fazer (11) en la manera que auia prometido, que deue complir de otra guisa el pleyto, segun su aluedrio del Judgador del lugar. (*d*) E deue pecharle el daño, e el menoscabo que le vino por razon que non fizo aquella cosa, assi como prometio. E tan solamente es quito ome de lo que deue, faziendo paga dello por si mismo, mas faziendola a vn otro qualquier por el en su nome. E maguer (12) aquel que deue aquel debdo, no supiesse que otro fazia la paga por el, con todo essa seria quito. E aunque lo supiesse, e lo contradixesse (13).

LEY 4. *De que manera deue ser fecha la paga al menor de veynte e cinco años, porque el que la faze sea seguro, que gela non demanden otra vez.*

Apercebido deue ser todo home que ouiere de fazer la paga al menor de veynte e cinco años, para fazerla de manera (14) que la non aya de pagar otra vez. E para ser seguro desto deue pagar lo que deue, a el, o a su guardador (15) con otorgamiento (16) o mandamiento (17) del Juez

(*d*), ó debe Acad.

Cyn. en la auth. *hoc jus porrectum* C. *de sacros. eccles.*, el cual entendía la cit. auth., de la cosa de mediana calidad, añadiendo que, aun cuando debiere entenderse de la mejor, seria bajo el supuesto de no resultar muy perjudicado el deudor, como lo declara tambien Salic. en d. auth. *hoc jus porrectum*, col. últ., el cual opina tambien que este punto penderá del arbitrio del juez. Nótese que á este remedio no puede renunciar el deudor; así como no puede renunciar al beneficio de la cesion de bienes, segun Alberic. en d. auth. *hoc nisi* y en la rubr. C. *qui bon. ced. poss.* y Bart. en la Novel. de donde d. auth. deriva. — * ¿Podrá el deudor usar de este beneficio cuando ya hubiese sido reconvenido ejecutivamente? Parécenos muy dudoso, atendido que el juicio ejecutivo tiene sus trámites marcados hasta llegar á la venta de los bienes del deudor, y al pago de la deuda ycostas con el precio de tales bienes ó á la adjudicacion, si la pidiere el acreedor ejecutante; y que esta marcha solo puede interrumpirla ó cortarla el deudor mediante el pago, bajo cuya palabra, si no lo espresa la ley, no viene comprendida la *in solutum datio*. Mientras no se haya instaurado dicho juicio, no hallamos reparo en que siga en observancia esta ley de Part. *

(11) Luego, si puede cumplir lo mismo que prometió, no quedará libre pagando el *id quod interest*; y lo mismo parece deducirse de las ll. 13 y 35. tít. 11. de esta Part.: de consiguiente por nuestro derecho no será admisible la general opinion de Bart. y otros, á saber, que se convierte por lo regular en la de daños é intereses la obligacion de hacer, si bien falta esta regla en algunos casos, segun el mismo Bart. en la l. 72. D. *de verb. oblig.* col. pen. y allí Jas. col. 20 y 21: aprueban pues nuestras leyes la opinion de Martin de Fano Dr. antiguo, el cual decia que puede uno ser compelido indistintamente á que verifique el hecho prometido, á no ser que sea imposible, ó que no interese ya al actor, en cuyos casos únicamente se convertirá en la de daños y perjuicios la obligacion primitiva: y en estos términos entiende las ll. que se citan en contrario; pero Bart. lug. cit., fol. pen., col. 4. reprueba esta opinion: en apoyo de ella y de nuestras leyes viene la equidad canónica, á tenor de la cual, el que se obligó á hacer, puede ser compelido á verificar lo mismo que prometió, mientras no haya venido á ser imposible, cap. *qualiter* 3. *de pact.*, Abb. en el cap. *per tuas, de arbitr.* y en el cap. *veniens de jurejurand.* col. pen. y últ. y Jas. en d. l. 72. col. últ.

(12) Añád. ll. 23, 40 y 53. D. *de solut.* y el princ. de las Instit. *quib. mod. toll. oblig.*

(13) ¿Entónces lo que pagó por el deudor, podrá pedírselo por la accion *negotiorum gestorum?* Véase Bart., siguiendo la Glos. en la l. 8. §. últ. D. *de novat.*

(14) Es decir, al efecto de que consiga una seguridad plenísima: añád. l. 25. C. *de admin. tutor.* y l. 7. §. 2. vers. *permittitur* D. *de minor.*

(15) Lo mismo será si paga al curador del pupilo, l. 12. §. pen. D. *de solut.*

(16) Por estas palabras se ve que basta la aprobacion del juez: así que, si hecha la solucion al menor, este reconviene judicialmente á su deudor, el cual resulta absuelto por probar que aquél se aprovechó del dinero; aunque despues de la sentencia lo pierda ó malbarate el menor, no tendrá la restitucion por entero; y así opinaba Ubert. cit. por Alberic. en la l. 1. C. *si advers. solut.*, si bien este arguye lo contrario, fundado en que con dicha pérdida ha sufrido el menor nueva lesion.

(17) No será preciso que el deudor apele de esa providencia, l. 7. §. 2. vers. *permittitur* D. *de minor.*: Ang. en la l. 2. al fin D. *de appel. recipi.* entiende que procede lo dicho cuando el deudor no supiese ni debiese saber la edad del menor, pero no si tiene ó debe tener conocimiento de ella: en este último caso, dice, no quedará enteramente libre si paga sin apelar de la providencia del juez que ha ordenado pagar al menor sin la asistencia de tutor ó curador, segun las ll. 9. D. *unde cognat.* y 7. C. *de in integr. restit. minor.*; y en estos términos entiende el cit. vers. *permit-*

del lugar. Ca si de otra guisa lo fiziesse, e despues (18) jugase los dineros quel fuessen pagados, o los malmetiese, o los perdiesse en alguna manera (19), non seria quito (20) porende del debdo. Ante dezimos, que lo auia a pagar otra vez. Mas faziendo la paga con otorgamiento del Judgador, assi como sobredicho es, como quier que fiziesse despues su daño de los dineros el menor de xxv. años, non seria tenudo el otro de gelos pagar. Ante dezimos, que seria quito en todas guisas del debdo. E esso mismo dezimos que deue ser guardado, en la paga que ouiesse á fazer al loco, o al desmemoriado (21) o al desgastador de sus bienes a quien fuesse dado guardador (22).

LEY 5. *Como es quito el ome de la debda, pagandola al señor que la deue auer, o a su mandado.*

Debda (23) deuiendo vn ome a otro, e pagandola a otro tercero, por su mandado de aquel a quien la deuia, o sin su mandado, auiendolo el despues por firme: tambien es quito del debdo el que lo deuia, como si lo ouiesse pagado a el mismo. Esso mismo dezimos que seria, si pagasse el debdo al mayordomo (24), o al procurador que fuesse puesto señaladamente del señor del debdo, para recibirlo (25), e para recabdar, e procurar todos sus bienes. Otrosi dezimos, que si prestasse

titur: á la verdad esa interpretacion es muy singular. Nótese tambien que á fin de que quede plenísimamente asegurado el que paga al pupilo, se requiere que intervenga escritura, segun la Glos. en las ll. 1 y 2. C. *si advers. solut.*, en la l. 1. C. *de liberat. et solut. credit. civ.*, Guillelmo en d. vers. *permittitur*, y Juan de Imol. en las ll. 12 y 13, §. últ. D. *de solut.* Empero, adviértase que, segun Alberic. siguiendo á Cyn. en d. vers. *permittitur*, no es necesaria la escritura en cuanto al deudor que paga, segun d. l. 1., la l. 17. C. *de pact.* y la l. 4. D. *de pignor*; pero si en cuanto al tutor, l. últ. C. *arbitr. tutel.* y l. 57. D. *de admin. tutor.* Por lo que mira á si quedará libre de obligacion el que paga á un falso procurador en virtud de mandato del juez, véase Bald. distinguiendo en la l. 19. col. pen. C. *de furt.*, Juan Andr. en las adiciones al Specul. tít. *de oblig. et solut.* col. 2. y Paul. de Castr. en la l. 34. §. 4. D. *de solut.*

(18) Esto es, durante la menor edad, pero no despues, aunque sea dentro el cuadriennio que se le concede para pedir la restitucion, Alberic. en la l. 1. C. *si advers. solut.*

(19) Entiéndase si los perdiere por culpa ó por causa de la menor edad; pero no si por caso fortuito, pues entónces se le deniega la restitucion, si se le hizo el pago con la autoridad del curador, l. 11. §. 3. D. *de minor.* y Paul. de Castr. en la l. 1. C. *si advers. solut.*

(20) Aunque se haya pagado al menor con autoridad del tutor ó curador, ó bien al mismo tutor, habrá lugar á restitucion, si el dinero no se ha invertido en utilidad del menor, escepto en los casos notados por la Glos. en d. l. 25. C. *de admin. tut.*: no se le considera seguro al deudor, si queda espuesto á la restitucion por entero, l. 5. D. *de in integr. restit.*, glos. magistral á la l. 7. vers. *permittitur* D. *de minor.* y Alex. en la l. 3. §. 17. D. *de acquir. possess.*

(21) Estos se equiparán á los menores y gozan de iguales beneficios, segun esta ley y la l. 60. tít. 18. Part. 3. junto con lo que allí dije: v. glos. á la l. 2. C. *de curat. furios.*

(22) No requiere esta ley que preceda la espresa interdiccion judicial respecto del pródigo; bastando segun ella, que se le haya dado curador: lo que merece notarse por lo que dije en la l. 5. tít. 11. de esta Part.

(23) Concuerda el principio de esta ley con las ll. 49. princ. D. *de solut.* y 22. §. 12. D. *solut. matr.*: esceptúese el caso de la l. 19. D. *de solut.* y de la l. 1. C. *de thesaur.*

(24) Así pues en el mandato general viene comprendida la autorizacion para cobrar las deudas; concuerda con la l. 12. D. *de solut.*

(25) Es menester pues que conste el mandato; de lo contrario, aunque mediase presuncion, no seria válido el pago, Glos. en la l. 39. §. 1. D. *de procur.* y véase allí Bart., y Juan de Imol. en la l. 12. D. *de solut.* de la cual este trae su orígen. ¿Qué dirémos si pagué al verdadero procurador, cuando se hallaba enfermo, y que este hubiese fallecido, y que por esta causa hubiese desaparecido el dinero? Juan Andr. en las adiciones al Specul. tít. *de oblig. et solut.*, despues de haberse hecho cargo de los argumentos por entrambas partes, concluye por la validez del pago. ¿Y si se paga al procurador despues de revocado el mandato? V. l. 38. §. 1. D. *de solut.* y Bart. en la l. 14. D. *de condict. ob caus.* col. 2.—* Es sin duda válido el pago hecho al procurador cuyo mandato ha finido por muerte del mandante ó por revocacion, si esto lo ignora el que paga, l. 34. §. 3. D. *de solut.*; pero no cuando se verifica el pago á un falso procurador, d. l. §. 4. Tampoco quedará libre el que paga á un *negotiorum gestor*; á no ser que la deuda procediese de contrato celebrado por este, sobre cosas pertenecientes á la administracion que tomó á su cargo, d. §. y l. 88. tít. cit.: sin embargo, si el que pagó no ignoraba que el que recibia no era el principal interesado en el negocio objeto del contrato, y si solo un *negotiorum gestor*, parece que no

vn ome a otro dineros, e rescibiesse la promission del en esta guisa: Prometedesme, que me dedes estos marauedis que vos presto, a mi o fulan, nombrandolo señaladamente; si los marauedis paga al otro (26) a quien señalo quel pagasse, tambien es quito del debdo, como si los pagasse a el mismo. Maguer, despues que la promission ouiesse assi recebida, defendiesse que gelos non pagasse. E este defendimiento dezimos que se deue entender en esta guisa, si fuesse fecho, ante que lo ouiesse, este que presto los marauedis, començado a demandar el debdo por juyzio (27). Mas si lo defendiesse despues que el ouiesse fecho la demanda dellos, e si contra tal defendimiento (28) los pagasse, non seria quito del debdo. Ante dezimos, que lo auria a pagar otra vez, a aquel que recibio la promission. Pero en saluo finca su derecho al que lo pagasse assi dos vezes, de demandar el debdo a aquel á quien lo pago primeramente, cómo a ome que non ha ningun derecho en el, para retenerlo. Otrosi dezimos, que si este que era puesto en la obligacion sobredicha a postremas, para poder recebir la paga, cambiasse su estado (29) despues que la promission fuesse assi fecha; que non le deue pagar el debdo, el que fizo el prometimiento. E esto seria, como si era estonce libre, e se fiziesse despues sieruo (30) por alguna razon; o si era seglar, e se fiziesse Relijioso (31); o si lo desterrasen (32) despues desto para siempre a algun lugar cierto, o en otra manera qualquier, que saliesse de su poder, e entrasse en poderio (33) de otro. Otrosi dezimos, que si el señor del debdo, que recibio la promision del otro, fuesse acusado despues desso, de alguna malfetria que auiesse fecho, a tal, porque deuiesse per

quedará libre, si este fuere insolvente, arg. d. l. 88.

(26) Añád. l. 2. princ. y §. 3. D. *de solut.*, y acerca de este adjunto véase lo que dije en la glos. 42, tít. 11 de esta Part. Adviértase que si bien puede pagarse al adjunto, y no puede demandársele lo que se le ha pagado; con todo, si se le dió prenda en seguridad de la deuda, podrá exigírsele la devolucion, l. 11. D. *de pign.*: si el adjunto es un esclavo, no puede pagarse al dueño del mismo, l. 81. D. *de solut.*, y el único modo con que el adjunto puede desobligar al deudor, es recibiendo lo que este debe, l. 11. D. d. tít.: ¿podrá novar la obligacion? v. Jas. en la l. 56. §. 2. *de verb. oblig.*, col. 4. El pacto de *constituta pœcunia* no quita la facultad de pagar al adjunto, l. 59. D. *de solut.* y v. l. 7. §. 1. D. *de constit. pœc.*: pero muerto el adjunto, la facultad de recibir el pago, no pasa al heredero, l. 81. D. *de solut.*, y l. 55. D. *de verb. oblig.*; ¿y si el deudor autorizado por el acreedor para pagar una cosa por otra, paga así al adjunto, quedará libre? Véase Jas. en d. l. 55. Al adjunto debe pagársele en el lugar designado, l. 2. §. 7. D. *de eo quod cert. loc.*

(27) Añád. l. 57. D. *de solut.* y allí Bart. y l. pen. D. d. tít.

(28) Manifiéstase aquí, que aun despues de la contestacion del pleito se requiere espresa prohibicion, para que no pueda pagarse al adjunto; empero en d. l. 57. §. últ., de la que este se ha tomado, se dice que la mera contestacion del pleito quita semejante facultad; por lo que notan allí los DD. este caso, en que dicen tiene mas fuerza lo tácito, á saber, la contestacion del pleito, que la prohibición espresa; y opinan que fuera de dicha contestacion, no se requiere otra prohibicion alguna. Pudiera decirse que esta ley siguió la opinion de la Glos. en la l. 138. D. *de verb. oblig.* glosa magistral, la que alegando d. l. 57. la entiende del caso en que intervino prohibicion; y partiendo de esta inteligencia, cesará la objecion aquella, á saber, que mas fuerza tendria lo tácito que lo espreso; y tendrémos que la facultad de pagar al adjunto cesará cuando á la prohibicion espresa precedió la contestacion del pleito: téngase esto presente.

(29) Trae su orígen de la l. 38. princ. D. *de solut.*, la cual véase.

(30) ¿Y si de esclavo pasó á ser libre? Varian los pareceres en este punto, sobre los cuales véase Alex. en la l. 56. §. 2. D. *de verb. oblig.*, y él opina fundado en d. l. que tambien en este caso desaparece la facultad de pagar al adjunto; lo mismo sienta Bart. en la l. 18. D. *de solut.* y en la l. 66. §. 3. D. *de furt.*: pláceme este parecer, dado que respecto del acreedor el adjunto no mejora y si empeora su estado: porque mas fácil era exigir del esclavo propio lo que hubiese cobrado, que alcanzarlo de una persona libre: empero si el adjunto era esclavo de un tercero, parece que podrá pagarse á él, aunque se haya hecho libre; y no obstan las leyes alegadas en contrario, pues que hablan del esclavo del acreedor: téngase esto presente, pues que los DD. no hacen esta distincion.

(31) Esta fué opinion de Rayn. y Jacob. de Aret. en la l. 38. D. *de solut.*

(32) Habla de la relegacion, cual la cit. l. 38. princ.

(33) Dice esto partiendo de lo que espresa la l. 56. §. 2. D. *de verb. oblig.*; así pues, si el hijo se hace padre de familias, podrá aun recibir el pago, aunque haya cambiado su estado, como se espresa en d. l.: véase allí Alex. el cual cita otros casos en que puede pagarse al adjunto á pesar de la mutacion de estado.

der el cuerpo (34), e todo lo que ouiesse; que entonce non le deue otrosi pagar (35) el debdo, fasta que sea quito de la acusacion. Mas seyendo acusado de otro yerro, que non fuesse de tal natura como esta, entonce non ha por que retenerle su debdo. Ante dezimos, que gelo puede, e deue pagar, e sera quito de la obligacion, pagandolo.

LEY. 6. *Como deue ome fazer la paga a otro tercero, por mandado de aquel a quien deuia ser fecha, si despues le defendiesse que non le diesse nada.*

Mandando algun ome a su debdor (36), que aquello quel deuiesse, que lo pagasse a otro alguno que le señalasse ciertamente; si despues desso le defendiesse que gelo non pagasse, e el debdor contra tal defendimiento lo pagasse, non seria porende quito del debdo. Mas si acaesciese, que se lo pagasse despues que gelo mandasse pagar, e el señor, cuydando que lo non auia aun pagado, le defendiesse que lo non pagasse, entonce quito seria del debdo el que assi fiziesse la paga. Esso mismo dezimos que seria, si despues que le ouiesse mandado pagar el debdo, le embiasse dezir por carta, o por (e) mandado cierto, que lo non pagasse. Ca, si acaesciesse que, non diessen la carta, nin el mandadero non gelo dixesse, e pagasse el debdo, non sabiendo (37) que lo auia defendido el que gelo mandara pagar, entonce seria quito del debdo el debdor, tambien como si lo ouiesse pagado a el mismo.

(e) mandadero Acad.

LEY 7. *Como deue ser fecha la paga, o non, al personero, que la demanda en Juyzio por otro.*

Personero faziendo vn ome a otro, para demandar en juyzio alguna debda quel deuiessen, maguer venciesse al debdor este personero tal, non gela deue a el pagar (38); fueras ende, si el dueño en la carta de la personeria le otorgasse poder tambien para recebir (39) la paga, como para demandar el debdo. E si tal poder non le otorgasse en la carta de la personeria, deue pagar, e entregar el debdo al señor (40), e non al personero. Otrosi dezimos, que tal personero como este non puede fazer pleyto de quitamiento, con aquel a quien ha a demandar el debdo, que gelo non demande; nin gelo puede quitar. Pero si en la carta de la personeria le fuesse otorgado libre e llenero (41) poder, en demandar, e en recabdar la debda, e fazer todas las otras cosas que el se-

(34) Téngase presente que aun cuando debiese imponerse la pena de confiscacion, no queda inhábil el adjunto, mientras no pudiese ser condenado á la de muerte; lo que no hallamos espreso en la l. 41. D. *de solut.*: tal vez esta ley quiso referirse al crímen de lesa magestad, que trae consigo la pena de muerte y la de confiscacion y el secuestro de los bienes, l. últ. C. *ad leg. jul. majest.*: empero en los demás casos en que no se impone pena capital, quiere esta ley que la acusacion no inhabilite al adjunto, aunque el delito importe confiscacion de derecho, mientras no hayan sido inventariados los bienes, d. l. 41 junto con la Glos., y Bald. quien la entiende en estos términos.

(35) Salic. en d. l. últ. C. *ad leg. Jul. majest.* esceptúa el caso que el deudor ignorase las circunstancias que inhabilitasen al adjunto; entónces, dice, subsistirá el pago, de la misma manera que el que se hace á un procurador cuyos poderes se han revocado, ó al hijo de familias, á quien se le ha quitado el peculio, l. 38. D. *de solut.* y l. 26. §. 8. D. *de condict. indeb.*

(36) Lo mismo tendrémos si manda á alguno, que reciba lo que otro le debe, dado que entónces parece haber mandado al deudor, que pague á ese tercero, l. 34. §. 3. D. *de solut.* y allí Bart.

(37) ¿Bastará que la revocacion de los poderes se publique por medio de edictos? Véanse Bart en la l. 34. §. 3. D. *de solut.*, l. 11. §. 2. D. *de institor.* y allí el mismo Bart., Abb. en el cap. *ex parte decani, de rescript.* en las tres últ. col. y lo que nota Bart. en la l. 12. §. 1. D. *de solut.*

(38) Concuerda con las ll. 86. D. *de solut.* y 13. D. *de pact.* Pero al contrario, ¿el que no tiene poderes para pedir, podrá cobrar? V. Bart. en la l. 3. princ. D. *solut matr.*, y allí véase si sin la autorizacion del padre puede ó no pagarse al hijo de familias lo perteneciente al peculio adventicio estraordinario, sobre lo que véase tambien Alberic. en la l. 12. D. *de solut.*; concluyen por la afirmativa.

(39) ¿El poder para exigir comprenderá la facultad de cobrar? Así opina Bart. en d. l. 86. D. *de solut.* y en la l. 3. D. *solut. matr.* y allí la generalidad de los DD.: dígase lo mismo si se constituyó procurador para accionar y exigir; Bart. é Imol. en d. l. 86. si bien Ang. sostiene allí lo contrario.

(40) De aquí Bart. Imol. y Paul. de Castr. en d. l. 86. deducen el modo como debe concebir el libelo el procurador constituido para deducir la accion en juicio: dicen que debe concluir pidiendo que sea condenado el deudor, á que pague lo debido al acreedor.

(41) Añad. l. 58. D. *de procur.*; empero allí no

ñor (42) podria fazer, si fuesse presente; entonce bien podria recebir la paga, o quitar el debdo (43), tambien como el señor que lo fizo su personero.

LEY 8. *Como deue ser fecha la paga que deue fazer el debdor, si non gela quisiere recebir el que la deue auer.*

Plazos, e dias ciertos (44) ponen los omes entre si, a que prometen de dar, o de fazer algunas cosas, vnos a otros. E porende dezimos, que cada vno es tenudo de dar, o de fazer, lo quel prometio, al plazo quel fue puesto para ello. E non se puede escusar que lo non faga, maguer el otro non gelo demande (45). Otrosi dezimos, que si el debdor quisiesse pagar el debdo al que lo deuiesse recebir, e el otro non gelo quisiesse tomar,

se espresa que el procurador *cum libera* puede hacer quitacion de la deuda. Azon en la suma C. *de acceptil.* dice, pero no sin vacilar, que el procurador con mandato especial, ó en virtud del general *cum libera*, puede hacer quitacion de la deuda, con tal que lo verifique por via de novacion. Tambien la Glos. en la l. 4. C. *de novat.* opina que el procurador *cum libera* puede remitir la deuda; y esto es lo que aquí se aprueba; lo que debe entenderse bajo el supuesto de no verificarse á título de donacion, l. 28. D. *de pact.*, l. 7. D. *de donat.*, Bald. en d. l. 4. y Alex. consil. 44. vol. 2.

(42) Requiérese pues en este caso, no solo que se dé poder libre y llenero, si que tambien que se esprese que el procurador pueda hacer todas las otras cosas que podria verificar el principal: pero, como dije en la l. 19. tít. 5. Part. 3, estas últimas palabras por sí solas confieren ya un poder libre y llenero, aunque así no se esprese: y ciertamente quieren esta ley y la cit. l. 19. que para la concesion de poder libre y llenero se esprese la facultad de hacer cuanto el dueño podria por sí mismo: así que aconsejo que no se omita jamás esta cláusula en la escritura de poder.

(43) Entiéndase á tenor de lo que dije en la glos. 41.

(44) Lo contrario tendrémos pues si el dia fuese incierto, segun esta ley y la l. 12. C. *de contrah. et commit. stipulat.*, donde nota Bald. que el dia incierto no constituye al deudor en mora, y así opinan Bart. en la l. 115. D. *de verb. oblig.* y Alex. y Jas. en la l. 59. D. d. tít.: así que, si te prometo para cuando llegares á la edad de la ley, será menester que medie interpelacion, Bald. en la l. *si pacto quo pœnam* D. *de pact.* col. 3. vers. 2. *quæro.* ¿Qué dirémos del cumplimiento de la condicion? ¿Por sí solo constituirá al deudor en mora? Niégalo Bart. en d. l. 59, donde Jas. dice ser esta la opinion comun; añád. Bart. en la l. 105. D. *de solut.* y en la l. 18. D. *de usur.* y Bald. en la l. pen. §. 1. C. *ad Trebell.* ¿Qué dirémos del plazo tácito que proviene de la ley? Su vencimiento constituye al deudor en mora, arg. d. l. 59; y nótanlo allí Juan de Imol., Alex. y Jas. quien dice ser esta la opinion comun, si bien Alberic. sostuvo la contraria; añád. l. 2. al fin C. *de jur. emphit*, y véase como amplia dicho principio Jas. en d. l. 59: viene notablemente en apoyo del mismo principio la l. 1. vers. *nisi forte*, D. *de penu legat.* y lo que nota Bart. en la l. 84. D. *de verb. oblig.* 5 oppon.: entiéndase si el plazo tácito es cierto, de modo que el reo pudo prever su vencimiento, segun Jas. en d. lug. sobre el 5 oppon. Nótese que basta que el dia sea cierto, no importando que sea variable á voluntad del estipulante, porque tenga la facultad de alargarlo, l. 113. D. *de verb. oblig.* y allí Bart., Ang. é Imol., y añád. Socin. consil. 288, vol. 2, cuest. 4. ¿El haber pasado la hora marcada, nos dará el mismo efecto que el hecho de haber pasado el dia? Así lo afirma Bald. en la l. 1. C. *ne lic. tert. provoc.*, fundado en la l. *Titio* §. últ. D. *de act. empt.*, cuya ley dice ser muy notable; toca esta cuestion Jas. en la l. 23. D. *de verb. oblig.*, col. 4. vers. 4. *amplia.* Si se convino que el acreedor no pudiese pedir antes de la pascua, ¿el vencimiento del término constituirá en mora? Así opinan la glosa en la l. 16. §. últ. D. *de constit. pœc.*, Bald. en la l. 24. D. *de verb. oblig.*, Jas. en d. l. 113. y Bald. en la l. 1. C. *quand. dies leg. ced.*, col. últ., apoyado en la Glos. á d. l. 16 y en otros argumentos: empero Bald. en el cap. únic. §. 1 al fin *an ille qui interfec. frat. dom. sui*, dice, que si te debo cierta cantidad puramente, y tu prometes no pedirla antes de la pascua, el vencimiento de este plazo no me constituirá en mora; alega lo anotado en la l. 27. §. 1. D. *de pact.*

(45) Esto admite nueve limitaciones, segun Jas. en la l. 23. D. *de verb. oblig.* col. 4 y 5. Nótese que transcurrido el plazo marcado en la escritura, el actor tiene su intencion fundada, v. Decio consil. 439. ¿Y si uno promete que hará tal cosa ó que procurará que otro ratifique algun acto dentro cierto tiempo, será indispensable la interpelacion? V. Decio consil. 2. ¿En los delitos que consisten en mera omision, será indispensable la demanda del fisco para que respecto de él se caiga en mora? V. Glos. y Bald. en la l. 1. C. *de his quib. ut indign.* Adviértase que Bald. en la l. 15. C. *de usur.* col. pen. emite una opinion muy notable, si fuese cierta, á saber que en los contratos de buena fe, no obstante el dia y la pena, puede purgarse la mora; contra esta decision están la Glos. y los DD. á la l. 47. D. *de act. empt.* junto con el mismo testo, Alex. consil. 106. col. 2. vol. 3. y Jas. en la l. 84. D. *de verb. oblig.* col.

deue fazer afrenta (46) ante omes buenos, en logar, e en tiempo guisado, mostrando los maravedis (*f*), de como quier fazer la paga. E deue po-

(*f*) et diciendo de como Acad.

9. Nótese tambien que, aun cuando se haya fijado plazo y puesto pena, si se convino que el deudor seria avisado por el acreedor, el mero vencimiento de aquél no causa mora que sea impurgable ó inemendable, Glos. á la l. 115. D. *de verb. oblig.* sobre las palabras *certo die* y allí Ang. diciendo que entónces es lo mismo, que si no se hubiese marcado el dia: de lo que infiere que, si por algun estatuto se dispone que los instrumentos públicos, ó la escritura privada reconocida por el deudor, traen aparejada ejecucion, cual en nuestro reino, no tendrá esto lugar, cuando se fijó el dia con el pacto que antes debiese ser avisado el deudor por el acreedor; dado que este pacto hace condicional el término: recomienda esto como notable y digno de tenerse presente: varias otras especies sobre la purgacion de la mora véanse en Bart., Ang., Alex. y otros á la l. 84 cit. Por lo demás adviértase, que por equidad canónica siempre puede purgarse la mora, miéntras que el acreedor no haya sido perjudicado por ella, segun el cap. *suam* 9, *de pœn.*, á tenor de una de las interpretaciones que recibe, Juan de Imol. en el cap. *dilecti, de arbitr.* col. 2, Alex. en la l. 45. C. *de transact.* y Decio consil. 138. col. 2 al fin, y véase el cap. *potuit* 4 *de locat.*, notable en esta materia. Esta limitacion es de grandes consecuencias entre nosotros: en efecto, no hallándose espresamente prevenido en las ll. de Part., que, cuando haya plazo y pena, no se admita la purgacion ó enmienda de la mora; tendrémos que deberá recurrirse al derecho canónico como supletorio, antes que á las leyes romanas, segun Palac. Rub. en la introduccion á la repeticion al cap. *per vestras*, *de donat. int. vir. et uxor.*, vers. *item videtur dicendum*: téngase este presente. — * Parécenos terminante sobre esta materia la l. 35. tít. 11 de esta Part., la que trata de las obligaciones con cláusula penal. Habla primero de la mora en que se incurre por el solo vencimiento del plazo, y decide sin distincion que el deudor deberá cumplir lo que prometió, ó pagar la pena, á eleccion del acreedor. Luego se ocupa de las obligaciones sin plazo marcado, y en ellas libra al deudor de los efectos de la mora si cumple antes de contestar la demanda, esto es, antes de ser legalmente moroso.

(46) Concuerda con las ll. 39. D. *de solut.*, 9. C. d. tít. y 19. C. *de usur.*, con la l. 14. tít. 12, y l. 38. tít. 13. de esta Part. junto con lo que allí dije; añád. l. 2. C. *de commun. serv. manum.* y allí Bald. y la Glos. en la l. 1. C. *de solut.* Cuando la deuda es ilíquida, ¿cómo se verificarán la consignacion y el depósito? Se ejecutará respecto de lo líquido, y por lo restante se dará fiador, segun la práctica, que puede verse en la l. 29. D. *de stat. liber.*, Ang. y Juan de Imol. en la l. 4. §. *prætor ait* D. *de nov. oper. nuntiat.*, junto con las concordancias alegadas allí por Alex. y véase la l. 72 de Toro.

(47) Este ofrecimiento, depósito y consignacion, lo requiere la ley, de acuerdo con los testos alegados en la glos. ant., para que el deudor quede desobligado, y el acreedor corra en lo sucesivo con el riesgo de la pérdida del dinero. Ahora, para evitar la pena y los demás efectos de la mora, no son siempre indispensables el ofrecimiento, el depósito y la consignacion: en efecto, si el acreedor está ausente, de modo que el deudor no sepa á quien deba verificar el pago, no incurrirá en mora, ni caerá en la pena, aunque no deposite ni consigne, l. 4. §. últ. D. *de leg. commiss.* y l. 9. §. últ. D. *de usur.*: no obsta lo que dice Bart. en la l. 73. al fin D. *de procurat.*, á saber, que si se quiere evitar la pena, y no se halla al acreedor, debe consignarse la deuda, mediante la autorizacion del magistrado, segun d. l. 73; y á fin de que se sepa si es ó no posible hallar al acreedor, conviene que se le llame por medio de pregones, arg. l. 6. C. *de remiss. pign.*: esta decision de Bart., segun Alex. consil. 22. vol. 1. col. 4. debe entenderse de aquellos casos, y para los efectos que, segun la cit. l. 73, se requeria el depósito y la consignacion, como allí lo declara Bald., y el mismo Bart. en la l. 91. §. 4 al fin D. *de verb. oblig*; por ejemplo, al efecto de impedir el curso de las usuras que han empezado á deberse, l. 6. C. *de usur.*; y alguna vez tambien para evitar la pena, se requieren el depósito, el ofrecimiento y la consignacion, l. 2 al fin C. *de jur. emphit.*, á tenor de una de las interpretaciones de la Glos., y d. l. 6. Empero, siempre que no se requieran espresamente el depósito y la consignacion, como es regular cuando se trata de no incurrir en mora, ó en la pena, ó de evitar las usuras que aun no han empezado á deberse; entónces, si se encuentra persona á la cual pueda pagarse, se le ofrecerá el pago, y este ofrecimiento basta, l. 9. C. *de usur.* y lo anotado en d. l. 19, y si no se encuentra esta persona, no contraerá responsabilidad alguna el deudor, aunque no verifique el ofrecimiento, arg. l. 4. D. *de leg. commiss.*; junto con lo alegado por Alex. en el lug. arriba citado: téngase esto presente, y á lo dicho añádase la l. 15. princ. D. *de in diem addict.* y lo anotado por Bald. en la l. 2. al fin C. *de jur. emphit.* — * Para mayor seguridad se acostumbra depositar la cosa debida á la órden del

ner (47) aquellos marauedis señalados en fieldad de algund ome bueno, o en la Sacristania de alguna Eglesia: e dende adelante es quito (48) del debdo, e non ha el otro demanda ninguna contra el. E aun dezimos, que si los marauedis se perdiessen sin culpa del debdor, despues que fuessen puestos en fieldad, assi como sobredicho es, que el daño pertenece al señor del debdo tan solamente: porque fue en culpa, que lo non quiso recebir, quando gelo quiso pagar.

LEY 9. *Como por muerte de la cosa señalada, sobre que es fecho el obligamiento, es quito el debdor.*

Bestia, o otra cosa cierta deuiendo vn ome a otro, si aquella cosa se perdiesse, o se muriesse, ante del plazo a que la deuia dar; o si el plazo non fuesse puesto, ante que el otro gela demandasse por juyzio; si la perdida, o la muerte non auino por culpa, ni por engaño del debdor, quito es (49) de tal debdo. Mas si se perdiesse, o se muriesse por su culpa, o por el engaño que el debdor fiziesse, entonce tenudo seria de pechar la estimacion della. Otrosi dezimos, que demandando un ome a otro alguna debda, que dixesse que le deuiesse, e negasse el otro el debdo, diziendo que nol deuia nada; que si el que demanda, le da la jura (50) de su voluntad, e el otro la recibe del, e jura, que non le deue lo quel demanda, que es quito (51) del debdo, tambien como si lo ouiesse pagado, e fuesse ende quito por sentencia del Judgador. Esso mismo seria, si vn ome diesse o otro la carta (52) que auia sobre el, del debdo que le deuiesse, o la rompiesse (53) a sabiendas, con entencion de quitarle el debdo; que tambien seria quito porende, como si lo ouiesse pagado. Pero si aquel que auia de auer el debdo, pudiere prouar con omes buenos, que dio la carta en fieldad al debdor, e non con voluntad de quitarle el debdo; o que gela furtaron, o forçaron, o gela rompieron (54) contra su voluntad; entonce en saluo le fincaria su derecho o contra aquel que deuia la debda.

LEY 10. *Como, quando vn ome deue debdas de muchas maneras a otri, e faze paga de alguna dellas, de qual se entiende que fue fecha la paga.*

Debdas de muchas maneras deuiendo vn ome a otro, si le fiziesse paga alguna, e señalasse por

juez competente, consignándola al acreedor.

(48) De derecho *(ipso jure)* como aquí se indica: así opina la Glos. en la l. 9. C. *de solut.*, y es opinion general.

(49) Añád. l. pen. D. *de solut.* y l. 18. tít. 11 de esta Part. junto con lo que allí dije.

(50) Concuerda con la l. 95. §. 4. D. *de solut.* y con las ll. 2 y 27. D. *de jurejur.*

(51) Es decir, *ipso jure*, d. l. 95. §. 4. D. *de solut.*: sin embargo obsta bastante el § 4. Instit. *de except.*, donde se dice, que el juramento deferido por el deudor al acreedor, no libra á este *ipso jure* y sí solo por via de escepcion: pone esta objecion Ludov. Roman. en la l. 2. D. *de jurejur.* y deja el punto indeciso. Alex. y Jas. en d. lug., dicen que el juramento voluntario y el judicial disuelven *ipso jure* la obligacion natural; al paso que si es civil, la invalidan por medio de escepcion; cuya solucion fundan en la palabra *æque*, junto con el §. precedente, donde se trata del pacto de no pedir. Si bien esa interpretacion es admisible por lo que mira al cit. §., no es aplicable á nuestra ley de Part., la que establece que el juramento voluntario deferido por la parte, aunque sea en juicio (en cuyo caso se llama judicial) libre *ipso jure* al deudor que jura, cual si hubiese en realidad pagado; atendido que esa es la intencion de la parte que ha deferido el juramento, de consiguiente no será menester que se oponga la escepcion: á menos que se dijere que además se exige esta formalidad, lo que puede fundarse en aquellas palabras que añade, *e fuesse ende quito por sentencia del Judgador*, palabras que parece indican ser menester la escepcion, de la misma manera que en el caso del §. 5. Instit. *de except.*; y esto parece lo mas seguro, para evitar una correccion del derecho comun, que no se halla aquí espresada.

(52) Añád. l. 24. D. *de probat.*, l. 2. D. *de pact.*, l. 40 del tít ant. y lo que latamente espuse en la l. 11. tít. 19. Part. 3.

(53) Pero no si la rompiese en un arrebato de cólera, ó de otra suerte sin ánimo de remitir la deuda, como de aquí se colige: véase Bald. en la l. 1 al fin C. *de fid. instrum.*, donde dice que, si en acto de cólera quemaste el documento, no pierdes el crédito; sino que deberás probarlo claramente por medio de testigos: y en este caso no se te deferirá el juramento supletorio, pues que, si falta la prueba, es por tu culpa; mayormente si se trata de instrumento antiguo, cuyas circunstancias no es fácil recuerden los testigos, l. 10. D. *de probat.*; y esta decision es recomendada por Paul. de Castr.

(54) Indica esta ley que si el acreedor no prueba haber rasgado el instrumento á la fuerza, ó de otra suerte contra su voluntad, se presume la estincion de la deuda por el mero hecho de no hallarse íntegro dicho instrumento; sin embargo, véase lo que latamente espuse en d. l.

quales debdas le fazia aquella paga, deue ser contada en aquella que señalo (55), e non en otra. E si por auentura, el que fiziesse la paga, non dixesse por qual debdo la fazia, e el que la rescibe, señalasse luego vno de los debdos principales, diziendo que la rescibe por el, e se callasse el que fazia la paga; entonce deue ser contada en el debdo que señalo, e non en otro. Mas si lo contradixesse (56) luego, ante que se partiesse del logar, deuel ser tornado (57), lo que le pago, o contado en aquel debdo que señalare el que faze la paga. E si acaesciesse, que el que fiziesse la paga, nin el que la rescibe, non señalaron por qual debdo la fazian; entonce, si las debdas fueren eguales, que non aya agrauiamiento ninguno, de pena, nin de vsura, nin de otra manera, mas en el uno que en el otro; deue ser partida la paga en todos los debdos principales (58), en aquellos que conociere el debdor, sobre que non ouiesse contienda ninguna. E si por auentura debda y ouiere alguna, que fuesse mas agrauiada que las otras, por razon de pena que fuesse puesta en ella, o por otro agrauiamiento semejante (59), estonce deue ser contada la paga tan solamente en tal debda como esta (60), que es mas graue.

LEY 11. *A quien deue ser fecha la paga primeramente en los bienes del debdor, quando las debdas que demandan, son de vna natura, e sin peños.*

Sacan debdas algunas vegadas los omes vnos de otros, non obligando sus bienes (61), nin par-

11. tít. 19. Part. 3, Florian en la l. 24. D. *de probat.* y Bart. y los DD. en d. l. 2. D. *de pact.*

(55) ¿Y si la cantidad pagada no alcanza á la totalidad de la deuda que designó el deudor, procederá tambien esta disposicion? La glos. últ. á la l. 1. D. *de solut.* opina afirmativamente, así como Juan de Imol. en d. l. 1. princ. fundado en la l. 24. D. d. tít.; pues que el acreedor recibe y calla, no debe obstar el ser parcial la paga.

(56) Añád. ll. 1 y 2. D. *de solut.*

(57) Y si el acreedor no consiente, el deudor cumplirá con el ofrecimiento y la consignacion, l. 9. C. *de solut.*

(58) Esto tiene lugar por derecho comun cuando las deudas eran de la misma fecha; de lo contrario el pago se imputa á la mas antigua, ll. 5. 24. 89. §. últ. y 102. §. 2. D. *de solut.* y Bart. en d. l. 89. dice, que para la antigüedad de la deuda debe atenderse al tiempo en que debia ejecutarse el pago, y no al dia del contrato, segun d. l.; así que, parece deberá restringirse el sentido de nuestra ley de Part. Empero adviértase que Azon en la Suma C. d. tít. no hace mencion alguna de la antigüedad de las deudas; y si dice simplemente que, siendo igual la causa de ellas, deberá imputárseles el pago á prorata; y esta decision es la que ha adoptado nuestra ley: sin embargo no creo que debamos separarnos del derecho comun y de la opinion general, dado que esta ley no indica que haga correccion alguna, y de consiguiente puede entenderse en los términos del derecho comun. —* Azon en esta materia hizo un resúmen incompleto del derecho romano, resúmen de que los copiladores de las Partidas indudablemente echaron mano para esta ley; ahora, es difícil averiguar si estos al prohijar la doctrina de Azon, creyeron seguir á la letra el derecho romano, ó si su intencion fué simplificar.

(59) Véase Bart. en d. l. 89. D. *de solut.* donde indica seis modos por los que la obligacion puede ser mas gravosa; véase tambien Juan de Imol. en la l. 1. D. *de solut.* col. 6. allí, *et potest dici causa gravior.*

(60) ¿Deberá imputarse antes á los intereses que al capital? Así lo establece la l. 1. C. *de solut.*; la Glos. y los DD. en d. l. se afanan en buscar la razon, que parece no existir; esta ley de Part. parece decidir que si la deuda es con pena ó con intereses, se impute á ella con preferencia el pago, si las partes no hubiesen hecho eleccion; empero no decide entre los intereses y el capital: así qué, opino que no deberemos separarnos del derecho comun, cuando pueden exigirse usuras por nuestro derecho y el canónico. [Véase la adicion á la glos. 58.] Véanse además sobre esta materia Bart. en la l. 97. D. *de solut.* y latamente Juan de Imol. en d. l. 1. donde es notable lo que dice acerca los libros de los comerciantes, á saber que, anotándose en ellos los partidos del haber y los del debe, sin indicar á que deuda imputan la cantidad que reciben, podrá el deudor por via de compensacion elegir la deuda con la que se compense la cantidad que entregó: véanse el cit. Imol., Alex. consil. 83. vol. 3, y á Decio consil. 308. al fin.

(61) Cuando media hipoteca, procede lo establecido en las ll. 2. 3. y 9. C. *qui potior. in pign.* Nótese pues que entre diferentes acreedores hipotecarios que tienen iguales instrumentos, ó bien sentencias á su favor, no será mas favorecido el que primero haya alcanzado el fallo y pedido la ejecucion; en efecto, si antes de haberse dado posesion á uno, viene otro pidiendo ejecucion por su crédito, se diferirá la entrega de los bienes en que se habia la ejecucion trabado, así como el pago de la deuda al primer ejecutante, si el segundo fuese mas antiguo ó

te de ellos, mas conosciendo la debda tan solamente por carta, o ante testigos, o en juyzio. E tal debdo como este es llamado en latin, debitum personale; que quiere tanto dezir, como debda (*f*) que es obligada la persona del que la faze, e non sus bienes en todo, ni en parte. E porende dezimos, que si alguno ouiesse a dar a muchos, debdos que fuessen desta natura, que qualquier dellos que demandasse su debdo por juyzio, e por quien fuesse dada la sentencia primeramente (62) contra el debdor, aquel deue ante ser pagado, que ninguno de los otros, maguer el su debdo fuesse el postrimero. E los otros, a quien deuia algo este debdor sobredicho, non han demanda (63) ninguna contra aquel que vence su debda (64). Mas si todos los otros, o parte dellos, demandassen su debdo otrosi por juyzio, e fuesse dada sentencia (65) contra el debdor, en vn tiempo por

(*g*) porque es Acad.

mas privilegiado; lo que parece ded ucirse de esta ley *á sensu contrario*: no obsta la l. 57. D. *de rei vind.*, ni la l. pen. D. *de pet. hæred.*, pues que tratan del caso en que se ha instituido accion *rei vindicativa*, á consecuencia de la cual versó el conocimiento sobre el derecho del actor: lo contrario ha de tener lugar cuando se traba ejecucion en los bienes del deudor, en fuerza de accion personal; pues que entónces, probando un tercero su derecho sobre la cosa ejecutada, deberá necesariamente la ejecucion impedirse, Bart. en la l. 15. §. 4. D *de re jud.*; ahora bien, en el caso de nuestra ley de Part. no se supone probado ningun derecho en la cosa; hace al caso la l. 3. tít. 27. Part. 3. cuando dice, *o que auian derecho en ellas*, añád. Bald. y Salic. en la l. últ. C. *de bon. auct. jud. possid.* Podria tambien decirse y mejor, que el tercer opositor que se funda únicamente en hipoteca preferente, no impide la ejecucion trabada á instancia de otro acreedor, ni la venta de la cosa ejecutada; sino que del precio de ella se satisface antes al primero, y el residuo se aplica al pago del segundo que pidió la ejecucion, segun d. l. 15. §. 5. D. *de re jud.* — * Véase el tít. anterior, apéndice n.° 1.°

(62) Concuerda con la l. 19. princ. D. *de re jud.*, junto con la glos. 2. sobre la palabra *occupantis*, la que declara, que se dice ocupar con preferencia el que primero obtuvo sentencia; y fundado en d. l. dió esto por regla Jacob. de Aret. citado por Alberic. en la l. 6. §. 6. D. *quæ in fraud. cred.* ¿Qué dirémos, si por diferentes inquisidores de distintos lugares se procede contra alguno como herege, y uno de ellos comienza primero el proceso, al paso que otro llega antes que él á proferir sentencia? Véanse Bald. y los DD. en la l. 33. D. *de legat.* 1, donde Alex. opina con Dino, Rayner, Cyn. y Bald., que debe prevalecer la sentencia del juez que primero comenzó el proceso, y allí contesta al cap. *per hoc, de hæret.* lib. 6.

(63) Entiéndase si este acreedor que fué el primero en obtener sentencia, pide antes que los otros la ejecucion: pues que, si se insta al mismo tiempo por diferentes acreedores no privilegiados, serán satisfechos á prorata, aunque las sentencias se hubiesen proferido en distintos tiempos: y si el que obtuvo sentencia posteriormente, pide antes que los otros la ejecucion, será preferido, segun la l. 61. D. *de re jud.*, y la Glos. y la generalidad de los DD. en d. l. 19., donde puede verse Alex., y véase además la l. 9. tít. últ. de esta Part. Nótese tambien que el acreedor personal privilegiado, puede reclamar lo que cobró otro acreedor no privilegiado, aun que este tenga á su favor la prioridad de la sentencia, y la demanda de ejecucion, d. l. 19., l. 3. D. *quod cum eo* y l. últ. §. 10. C. *de jur delib.* y allí Ang.

(64) ¿Qué dirémos si uno de los acreedores de que se trata hubiese sido satisfecho voluntariamente por el deudor, antes que compareciesen los demás, y los bienes no alcanzasen para todos? Decídase á tenor de lo dispuesto en la l. 9. tít. últ. de esta Part., v. Bart. en la l. 24. D. *quæ in fraud. credit.* y la notable decision Napolit. 190. en Math. de Aflict. ¿Y si un deudor ha hecho varias negociaciones, como sobre paños, aceite, trigo etc., será mejor la condicion del que obtiene el pago antes que otros acreedores que lo son por causa de la misma negociacion? Opino que no: en ese punto el que se presenta primero y obtiene el pago, debe dar caucion de hacer partícipes de él á prorata á los demás acreedores que lo son por igual negociacion: fuera de esto al primero que se presenta se le paga sin necesidad de caucion, y el pago jamás se revoca por sobrevenir otro acreedor, escepto si este fuese mas preferente, ó si con anterioridad hubiese obtenido la posesion de los bienes, l. 52. al fin D. *de pecul.* y Bart. en d. l. 24. D. *quæ in fraud. credit.* Nótese que siendo diferentes las negociaciones, no son llamados los acreedores indistintamente, sino que cada uno se cobra de los efectos pertenecientes á la negociacion respectiva, l. 5. §. 16. D. *de tribut.*; lo que no tiene lugar respecto de los que no contrataron por via de negociacion; estos pueden dirigirse á cualesquiera bienes del deudor, como lo declara Paul. de Castr. en d. l.: téngase esto presente.

(65) Y se hubiese pedido la ejecucion al momento, como dije en la glos. 63.; véanse las ll. 7. y 9. del tít. sig.

todos, o por alguna partida dellos; entonce, si de todos los bienes del debdor non pudiessen ser pagadas las debdas, deuenlos compartir entre aquellos por quien fue dada la sentencia, dando a cada vno dellos mas o menos, segun la quantia que deue auer. Pero si entre los bienes de tal debdor como esta fuesse fallada alguna cosa agena, quel ouiesse dado alguno en guarda, en saluo dezimos quel finque a su señor (66), e que los debdores non gelo pueden embargar.

LEY 12. *Como deue ser fecha la paga de las cosas que son dadas en guarda.*

Mejoria muy grande han los debdos de las cosas que son dadas en encomienda: ca maguer deua otras debdas aquel que rescibe la cosa en guarda, si gela demandaren, ante la deue pagar que otro debdo que deua. E esto seria, como si acaesciesse, que este que ouiesse dado la cosa en encomienda, la demandasse en juyzio a aquel a quien la auia dado en guarda, e en aquella sazon misma le demandassen otros debdos, por que non fuessen obligados los bienes del debdor, e que non fuessen de tal natura como esta. Ca entonce el Judgador ante deue apremiar a tal debdor como este, que pague lo que le fue dado en encomienda (67), que otro debdo (68) ninguno que ouiesse a dar; maguer los otros debdos fuessen mas antiguos.

LEY 13. *Como deue ser fecha la paga de las malfetrias, e daños, que los omes fazen vnos a otros en sus cosas.*

Malfetrias, e daños fazen los omes muchas vegadas en las cosas agenas, cortando arboles, e arrancando viñas, e matando, e firiendo sieruos, e ganados, e en otras maneras semejantes destas. E porende dezimos, que si alguno ouiesse demanda contra otro por daño, o menoscabo quel ouiesse fecho en alguna destas cosas; que finca obligado el malfechor (69) al que recibio el daño, tambien como por otra debda que le ouiesse a dar. E qualquier, vno, o muchos quel demandassen la malfetria en juyzio; por quien fuesse dada la sentencia primeramente contra el malfechor, deue ser entregado primeramente (70), cada vno dellos, en los bienes del malfechor, en la manera que de suso diximos, en la ley que comiença: Sacan debdos (71).

LEY 14. *Como los homes deuen demandar llanamente sus debdas por Juyzio, e non por premia prendar a los que gelas deuen, por si mismos.*

Llanamente, e sin braueza (72) ninguna deuen los omes vnos a otros demandar las debdas que

(66) Añád. l. 5. §. 18. D. de tribut., ll. 14. y 31. §. 1. D. *de reb. cred.* y auth. *siquid tamen* C. *qui potior. in pign.*

(67) Añád. l. pen. tít. 3. de esta Part., l. 24. §. 2. D. *de reb. auct. jud. possid.*, y esto procede segun la Glos. en d. §. 2. exista ó no la cosa depositada; véase d. l. pen. y lo que allí dije. —* Véase el tít. anterior, apéndice n.° 1.°

(68) Si la cosa depositada existe, no hay dificultad: sino existe, la preferencia debe entenderse respecto de las deudas no privilegiadas; pues que los acreedores igualmente privilegiados, entran en concurrencia, á no ser que la ley prevenga que el privilegio de uno ceda al privilegio de otro, segun Azon en la Suma C. *de bon. auct. jud. possid.* col. 3, y lo que dije en la l. anter.; véase la l. 32. D. *de reb. auct. jud. possid.* y allí la Glos. y los DD.

(69) Producen tambien accion los delitos, Instit. §. 18. *de act.*; de todo delito nace accion civil ó *rei persecutoria*, Glos. en la l. últ. D. *de priv. delic.* y en la l. 57. D. *pro soc.* y Bald. en l. 19. C. *de transact.* y el mismo Bald. en la l. 1. D. *de condict. indeb.*, dice, que de cualquier delito, que dé lugar á acusacion criminal, nace la accion *in factum* ó la de dolo, l. 25. D. *ad leg. Cornel. de fals.*, y en otro lugar, que del delito nace obligacion, y no mera reclamacion por medio del oficio del juez; á no ser que no concurran las circunstancias de derecho en el actor, en cuyo caso sin embargo se le da algun recurso por equidad, l. 12. §. 2. D. *de condict. furt.* y Bald. á la l. 6. C. *de serv. fugit.* Toda injuria da lugar á dos acciones, la una á favor del estado, y la otra que compete á la parte perjudicada, l. *quotiens*, y l. 9. §. 5. D. *de publican.* y Bald. en la l. 1. C. *si á non compet. jud.* col. 4.

(70) Esceptúese el caso que se haya perjudicado al fisco, como dije en la glos. magistral á la l. pen. tít. 3. de esta Part.

(71) L. 11. de este tít.

(72) Tenemos aquí que las partes en juicio deben abstenerse de toda afrenta é injuria; limitándose á pedir y á escepcionar con moderacion: v. ll. 3. y 10. C. *de injur.*, el Specul. tít. *de accusat.* vers. *sed pone* col. 14. y allí Juan Andr. en las adiciones, donde puede verse si se dará la accion de injurias contra aquel que por via judicial objeta algun crimen ó infamia á su adversario: añád. Angel. Aret. en su trat. *maleficior.* en la parte *neque non ad querelam* col. 2. y en la parte *verba contumeliosa* col. 2., Socin. con-

les deuieren : e por poder, nin por riqueza (73) que aya aquel a quien deben el debdo, non deue el por si (74) sin mandado del Juez del logar, apremiar, nin prender al debdor, que pague el debdo. Fueras ende, si quando la debda fue fecha, otorgo, e fizo pleyto sobre si, el que la deuia, que el otro ouiesse poder (75) de prendarle, e de apremiarle (76) por si mismo sin mandado del Judgador. E si alguno contra esto fiziesse, apremiando el por si mismo a su debdor, non auiendo derecho de lo fazer, assi como sobredicho es; si por la premia que le faze ouiere de pagar el debdo, deuelo tornar, e perder el derecho que auia contra el por razon de aquella debda: e si el debdo non recibiesse del, e le prendasse por fuerça, deuel tornar la prenda doblada: e el otro, que non le responda sobre la debda, fasta que torne la prenda (77).

sil. 118. y consil. 146. vol. 1., Philip. Corne. consil. 80. vol. 3. y Oldrald. consil. 53.

(73) Habla en particular del poder y de la riqueza, porque al primero acompaña de ordinario la soberbia, y á las riquezas el orgullo, Gregor. 26. *moralium* cap. 23. al fin.

(74) Añád. l. 13. D. *quod med. caus.*, l. 11. tít. 13. de esta Part., l. 14. C. *de judæ.* y el §. 7 *de pace juram. firm.*: muy regular es que nadie por si se administre justicia; empero se esceptuan los casos de las ll. 1 y 2. C. *quand. lic. unicuiq. sin. jud. se vind.* y el que se cita mas abajo en esta ley y los de las ll. sig., 1. §. 1. D. *quod legat.*, 3. D. *de just. et jur.*, 45. §. 4. y l. 29. D. *ad leg. Aquil.*, 1. C. *und. vi*, 1. C. *de jur. emphit.*, 5. C. *de metat. et epidemet.*, 10. §. 16. D. *quæ in fraud. credit.*, 54. C. *de decur.*, 1. C. *ubi quis decurial. vel cohortal. aliav. cond.*, 38. §. 16. D. *ad leg. jul. de adult.* y cap. *olim* 12. *de restit. spol.*: si el delito tiende á injuriar á la república, á cualquiera es lícito rechazarlo, así como la injuria dirigida á los padres, l. 2. D. *de just. et jur.*, Bald. en d. §. 1. *de pac. juram. firm.*; vease al mismo Bald. en el cap. 1. *de invest. in mari fact.*, y Abb. en el cap. *cum venissent., de jud.* col. 2. y 3. En cuanto á si la costumbre puede autorizar la jurisdiccion en causa propia, véase Bald. en la l. 1. C. *und. vi* 2. lect. col. 8. al fin, el cap. *inter querelas*, 23. q. 4. el cap. *dilecto* 6, *de sentent. excomunic.* lib. 6. y Andr. de Iser. en el §. pen. *de prohib. feud. alien. per Freder.*, en las adiciones. —* Véase la adicion á la glos. 47. del tít. anterior.

(75) Añád. l. 11. tít. 13. de esta Part., ¿y lo que atribuye el pacto, puede darlo la costumbre? V. Juan Andr. en el cap. *cum tanto, de consuet.* y Alberic. en la l. 3. C. *de pign.*, donde dice que, sea lo que fuere en punto á derecho, la actual forma de enjuiciar aprueba semejante costumbre donde está vigente. ¿Y si el que puede prendar por su propia autoridad se presentare al juez? Trata este punto lata y elegantemente el mismo Alberic., siguiendo á Jacob. de Bellovis. en d. l. 3., el cual concluye que si el acreedor acude al juez, y este le pone en posesion de la prenda sin citar al deudor, deberá ser mantenido en ella: ahora, si el juez hizo emplazar al deudor, (lo que segun él es mas prudente y razonable) y este confiesa, no hay dificultad que no debe comunicársele la demanda; empero si se opone, debe verificarse dicha comunicacion y guardarse el órden judicial: y allí tambien concluye, habiéndose hecho cargo de varios argumentos, que puesto en posesion de la prenda el acreedor, sin citacion del deudor, no podrá aquel acto revocarse por falta de solemnidad; lo que téngase presente, porque Luc. de Pen. en la l. últ. C. *de agric. et censit.* col. 2. vers. *sed pone creditor*, sostuvo lo contrario, fundado en lo que dice el Specul. tít. *de pignor.* vers. *quid si judex* y en otras razones que allí pueden verse. Empero, en semejante caso, dice, no deberá observarse el órden judicial, sino que se procederá de plano. A mi me parece que puede sostenerse la decision de Alberic., si bien entonces no se dirá judicial el embargo, aunque se verifique en virtud de mandato del juez, y si convencional, como opina el Specul. lug. cit. y hace al caso la l. 26. D. *de re jud.*; y entre nosotros los instrumentos guarentigios dan lugar á la ejecucion, sin que deba preceder citacion de parte: sin embargo, al efecto de orillar todas las cuestiones convendrá espresar que á la simple demanda del acreedor, sin conocimiento de causa, y sin previa citacion, pueda y deba el juez dar la posesion al acreedor, como tambien lo indica Luc. de Pen. lug. cit. vers. 2. *ex præmissis quæritur.* ¿Podrá este derecho venderse y cederse? Así opinan la Glos. en la l. 18. D. *de vi et vi arm.* y Bald. en el §. 1. *de pace jur. firm.*, advirtiendo que debe procederse con moderacion en el uso del mismo, l. 176. D. *de reg. jur.* y véanse los DD. en d. l. 3. C. *de pign.*: añade Bald. que el mismo derecho pasa á los herederos del acreedor, atendido que no es un privilegio.

(76) Hace al caso para lo que nota Bald. en la l. 4. C. *qui bon. ced. poss.*, á saber, que vale el pacto con que se conviene que uno podrá tomarse la posesion y pagarse de propia autoridad, cuya facultad, segun él, puede concederse tambien en testamento, l. 34. D. *de legat.* 2. Esta ley manifiesta que en el pacto debe espresarse, no solo la facultad de tomar la prenda, si que tambien la de retenerla, conforme con lo que opinaban Bart. y la generalidad de los DD. en d. l. 3.

(77) Luego, restituida la prenda, deberá co-

LEY 15. *Como se puede desatar la obligacion principal, por otra que fazen de nuevo sobre ella.*

Renouamiento es otra manera de quitamiento, que desata la obligacion principal de la debda, bien assi como la paga. E esto seria, como si vn ome vendiesse a otro alguna cosa, e despues el comprador renouasse (78) el pleyto en otra manera con el vendedor, obligandose a pagar el precio, como en razon de emprestido. Ca estonce non seria tenudo el debdor, de pagarle lo que deuia, como en razon de vendida, mas como si ouiesse los marauedis del precio tomados emprestados del otro. E aun dezimos, que se podria renouar en otra manera el pleyto que fuesse fecho primeramente; assi como si el debdor que deuiesse alguna cosa á otro, renouasse el pleyto otra vez, dando otro debdor, o manero (79), en su logar (80), a aquel a quien deuiesse la debda, a plazer del; diziendo abiertamiente (81) el debdor, que lo fa-

nocerse de la deuda: empero lo contrario establece manifiestamente la cit. l. 11. del tít. ant.: parece que d. l. 11. deberá esplicarse por medio de esta. Sin embargo contéstese y mejor, con lo que dije en la l. 14. tít. 10. Part. 7. Por lo que mira al derecho de los Ordenamientos, véanse las ll. 5 y 6. tít. 14. lib. 3. y ll. 1 y 6. tít. 12. lib. 5. del Orden. Real.

(78) Por lo que mira al ejemplo que aquí se propone, véanse las ll. 6. C. *si cert. pet.* y allí la Glos. y 5. C. *de non numer. pec.*: en este caso parece bastante manifiesta la intencion de novar, dado que hay una obligacion que se refunde en otra, Salic. en la l. últ. C. *de novat.* —* Es en efecto bastante manifiesta la intencion de novar en el ejemplo que propone esta ley, y lo que es mas, no se concibe en él la segunda obligacion sin que se estinga la primera, atendido que el precio no puede convertirse en mutuo sin que se entienda pagado mediante la ficcion *brevi manu*. Tampoco puede caber dificultad cuando se hace alguna variacion que toca á lo principal de la obligacion, como si lo que se debia puramente se promete á dia cierto ó viceversa, pues que son incompatibles estos dos modos de deber; sin embargo, parece que en semejante caso, mas bien que novada se considera como simplemente modificada la obligacion, la que conserva las mismas hipotecas y fianzas; véase Pothier, Trat. de las obligaciones, Parte 2.ª cap. 4. sec. 6.ª art. 1°. La dificultad existe cuando se ha tocado solamente á los accesorios de la obligacion, cambiándose, por ejemplo, las fianzas ó las hipotecas: nuestra ley no resuelve claramente esta cuestion; en efecto, despues de habernos dicho que hay novacion cuando se conviene que el vendedor deba el precio á título de mutuo, pasa á tratar de la novacion por un cambio de deudor, exigiendo en ella que la intencion de novar sea espresa, y no en el primer caso. Podria decirse, argumentando *á sensu contrario* que si no interviene nueva persona, no hay necesidad de espresar la intencion de novar: pudiera tambien decirse, y quizá mejor, que esta ley no admite la novacion, cuando queda el mismo deudor, fuera del caso que ella espresa y demás semejantes, en que se cambia la causa de deber, considerándo los demás casos como meras modificaciones de la deuda.

(79) Tenemos aquí que hay delegacion, aunque el delegado no sea deudor: v. Paul. de Castr. en la l. 8. D. *ad Vellej.*: así que dijo Azon en la Suma, *tam debitorem quam non debitorem delego*.

(80) Con estas palabras se desecha la decision de Bald. en la l. 2. C. *de execut. rei jud.*, á saber, que diciendo *prometo en lugar de Ticio*, quedará este desobligado, aunque no se esprese la intencion de novar; lo mismo dijo Alex. en la l. 58. D. *de verb. oblig.*

(81) Aprueba la opinion de la Glos. en la l. 2. sobre la palabra *evanuit* C. *de novat.*, á saber, que no se entiende hecha la novacion por medio de la delegacion, si no se manifiesta espresamente: parece sin embargo estar en contrario la opinion general, apoyada en el derecho comun, segun Bart., Ang., Juan de Imol., y Paul. de Castr. en la l. 11. D. *de novat.* y lo mismo espresa la Glos. en la l. 3. C. d. tít., glos. 1.; lo propio sostiene Alex. en la l. 58. D. *de verb. oblig.*, donde dice, que si media delegacion, aunque sea sin palabras espresas, queda libre el delegante; y añade que para la delegacion se requiere la estipulacion, (pero ella no es indispensable, segun las leyes de los Ordenamientos del Reino, pues basta la simple convencion), y que el delegado sea deudor del delegante, y como tal verifique la delegacion; de otra manera esta no lo seria en rigor, segun la l. 8. §. 2. D. *ad Vellej.* y allí la glos. magna al fin.: manifiesta tambien que lo mismo deberá decirse, si uno se obliga con estas palabras *prometo en lugar de Ticio*, pues este queda libre, aunque en la promesa no se haya hecho mérito de la delegacion; pues el que escogió entre dos deudores, parece lo hizo con ánimo de novar: esceptúense empero aquellos casos en que, segun él, no se verifica la delegacion ni se libra el delegante, si no se espresa tal intencion; y así procederá lo que se dice en la cit. l. últ., de la que trata estensamente el mismo Alex.: por lo que esta ley concuerda con la opinion comun con respecto al delegado que no era deudor; y en cuanto comprende al que

zia con voluntad que el (*g*) primero fuesse desatado, e este debdor, o manero, que metieren en su logar de nueuo, que fincasse obligado por la debda, e el otro quito. Ca estonce valdria el segundo pleyto, e seria desatado el primero. E maguer este segundo que renouo el pleyto sobre si, viniesse a pobreza (82), de guisa que non ouiesse de que pagar la debda; con todo esso, el que la deuia auer, non ha demanda ninguna en esta razon contra el primero debdor. Mas si las palabras sobredichas non dixesse el debdor, quando renouasse el pleyto segundo, mas simplemente dixesse, que daua por debdor, o por manero (83) de aquella debda a fulan; estonce por este renouamiento del pleyto non se desataria el primero: ante dezimos, que se afirmaria, e fincarian obligados por la debda, tambien el vno como el otro (84); como quier que pagando el vno (85) dellos, serian quitos de la obligacion principal. Otrosi dezimos, que si el renouamiento del pleyto, que diximos en el comienço de la ley, fuesse fecho so condicion, e se compliesse la condicion despues, desatarse y a porende el primero pleyto, e valdria el segundo: e seria tenudo este que assi lo tomasse sobre si, de pagar el debdo que renouasse; e el otro que lo deuia, seria quito porende. Mas si la condicion non se compliesse, estonce fincaria firme el primer pleyto, e seria tenudo de lo cumplir el debdor que lo auia fecho; e non valdria el renouamiento del segundo pleyto. Esso mismo dezimos que seria, si este que renouasse el segundo pleyto, mudasse su estado (86), ante, o en el tiempo que se cumpliesse la condicion, de manera que non ouiesse poder de estar en juyzio. Ca estonce, maguer se cumpliesse la condicion non valdria el segundo; ante dezimos que deue valer el primero.

(*g*) pleyto primero. Acad.

LEY 16. *Como, si lo que deue fazer simplemente, se renueua so condicion, ha de valer.*

Obligarse podria algun ome, faziendo pleyto

es tal deudor, se separa de la misma, entendiéndose de la llamada comun por Jas. en la l. 15. col. 15. D. *si cert. pet.*

(82) O disipase lo suyo, ó eludiese el pago, como lo nota Bart. en la l. 15. D. *si cert. pet.* y v. l. 30. D. *de novat.*

(83) De lo que se infiere que no hay novacion aunque intervenga nueva persona, á no ser que se esprese la intencion de novar; concuerda con la l. últ. C. *de novat.* ¿Podrá empero en el dia por medio de escepcion sostenerse como tal la delegacion en aquellos casos en que se entendia hecha tácitamente, segun el derecho antiguo? Hay sobre ello diversas opiniones que pueden verse en la Glos. y DD. en d. l. últ., siendo la mas verdadera y general al propio tiempo, que no hay delegacion, ni *ipso jure*, ni mediante escepcion, si no se espresa por las partes, como lo manifiestan Alex. en la l. 58. D. *de verb. oblig.* Jas. en la l. 56. §. últ. 1. notab., y en la l. 115. al fin. D. *de verb. oblig.*, Socin. notablemente en el consil. 21. vol. 1. y Decio consil. 400. col. 1.: con todo los DD. confiesan comunmente, que habrá novacion, cuando aparecen conjeturas manifiestas y evidentes de que las partes así lo quisieron; conforme lo espresa la Glos. en la l. últ. C. *de novat.* y l. pen. D. *de præt. stipul.*, y Alex. consil. 13. vol. 2. lo que tambien se aprueba bastante al principio de esta ley. ¿Y si uno prometió á una muger por razon de dote determinada cantidad, y no pagándola dentro del tiempo prefijado, señaló especialmente otros bienes en pago de la misma, se entenderá con esto hecha la novacion? Véase el notable consil. 12. de Decio, quien concluye que la muger podrá aun pedir la cantidad de la dote, sin que parezca inducirse novacion del acto de asignacion en pago de la misma. Sin embargo téngase presente que, aun cuando intervenga segunda estipulacion con ánimo de novar, no deja por esto de caer en mora el que no cumple con la primera obligacion, segun Ang. y Paul. de Castr. en la l. 91. §. últ. D. *de verb. oblig.* donde v. Jas. y principalmente en la l. 8. D. *de novat.* y Bald. en la l. 9. C. *de furt.*

(84) Entiéndase cuándo aceptó al delegado, como se espresa en esta ley; de lo contrario no habria más que un simple mandato que podria revocarse, ll. 19. § 3. D. *de donat.* y 82. D. *de solut.*, y lo mismo sostienen Bart. en la l. 15. D. *si cert. pet.* y Juan Andr. en las adiciones al Specul. donde alega razones mas fuertes que Bart. en la rubr. *de deposito*, cuyo dicho es singular y como tal se cita siempre, á saber que únicamente por medio de la aceptacion se impide la revocacion del mandato.

(85) Pues exige la buena fe que no se demande dos veces una misma cosa, l. 57. D. *de reg. jur.*, y lo propio espresa la glos. fin. al §. 3. Instit. *quib. mod. toll. oblig.*, y v. l. 8. §. últ. D. *de novat.*

(86) Esto es mas general que la disposicion de la l. 14. §. 1. D. *de novat.* para cuya inteligencia v. Bald. en las ll. 8. col. 11. C. *de execut. rei. jud.*, y últ. col. 5. C. *de contrah. empt.* y allí Salic. cuest. 5. A tenor de esta ley, pues, no impide todo

so condicion (87), para pagar alguna debda, o para fazer alguna cosa. E despues desto podria acaescer, que otro alguno renouaria tal pleyto de aquella misma debda, obligandose puramente, sin condicion, a pagar por el. E en tal pleyto como este dezimos, que non deue valer el segundo pleyto, si la condicion que fuesse puesta con el primero, non se cumpliesse. Ca, pues sobre aquella debda misma se renueua el pleyto, non puede ser, si la condicion non viniese con el, assi como fue puesta en el primero. Fueras ende, si quando la renovasse assi, dixesse paladinamente, que maguer non cumpliesse la condicion que era puesta en el primero pleyto, que se obligaua a pagar la debda, este que de nueuo la prometio. Ca entonce, quier se cumpliesse la condicion, o non, valdria el segundo pleyto, e seria tenudo de pagar la debda, el que lo fiziesse, e seria desatado el primero.

LEY 17. *Como la debda que deue ome libre, non puede renouar sobre si ome que fuese sieruo.*

Renouando algund sieruo pleyto sobre debda que otro deuiesse, obligandose a pagarla, tal renouamiento de pleyto non valdria, nin desataria por ende el pleyto principal, que fue fecho primeramente sobre la debda del ome que fuere libre: porque el sieruo non se puede el por si mismo obligar, en ninguna manera. Fueras ende, si tal renouamiento fuesse fecho por razon de algund pegujar, que el señor le ouiesse otorgado, de vender, o de mercar en alguna tienda (88), que el sieruo touiesse. Otrosi dezimos, que si alguna muger renouasse pleyto de debda que algund ome deuiesse, entrando manera para pagarla; maguer que la ouiesse assi renouado, poderlo y a reuocar (89). E si lo (*i*) reuocasse (90), non valdria tal renouamiento de pleyto, nin se desataria el primero por el. E esto, porque es como manera de fiadura, a que non se puede la muger obligar.

LEY 18. *Como la debda que algund ome deuiesse, e la renouasse el huerfano sobre si, non la puede despues demandar al menor nin al otro.*

De nueuo tomando sobre si algund pleyto, el que fuesse mayor de siete años, e fuesse menor de catorze (91), obligandose a pagar debda de otri, sin otorgamiento de su Guardador; por tal renouamiento desatarse y a (92) el primero pleyto, e seria quito el que lo ouiesse fecho; de manera que despues non le es tenudo de pagar la debda, nin otrosi el menor, si non quisiere. E por ende a su culpa se deue tornar, el que con tal menor renouo el pleyto, que non auia poder de lo fazer a daño de si.

LEY 19. *Como si alguno cuydando ser debdor de otro, que non lo fuesse, entrasse despues manero por el debdo a otro tercero, si es tenudo de lo pagar.*

Cuydando (93) algund ome que era debdor de otro, e por esta razon se mouiesse a entrar manero a otro tercero, para pagarle alguna debda, que el ouiesse a dar a aquel cuyo debdor cuydaba que era, renouando el pleyto de aquella debda, e obligandose a pagarla; por tal renouamiento como este desatase (94) el primero pleyto, e vale

(*i*). renovase Acad.

cambio de estado la novacion de una obligacion personal, y si tan solo el que inhabilita á uno para comparecer á juicio, en cuyo caso no puede subsistir la obligacion, segun d. §. 1.: por lo que procederá lo que aquí se espresa, si cayese despues en esclavitud ó locura, ó fuere deportado ó entrase en religion, segun la l. 6. C. *de jud.* y ll. 8. y 10. tít. 2. Part. 3.

(87) ¿Y si la promesa se hizo para determinado dia, mas despues se ratifica puramente con ánimo de novar? Distíngase como lo hace Juan de Imol. en la l. 5. D. *de novat.*, quien trata este punto mas latamente que Bart., en la l. 8. §. 1. D. d. tít.

(88) Con esto se manifiesta que el esclavo tenia la libre administracion de su peculio; de lo contrario no hubiera podido novar, como lo nota Azon en la suma C. *de novat.*, y la Glos. en la l. últ. princ. D. d. tít. y allí comunmente los D. D.

(89) Añád. ll. 1., 4., 8. y 16. C *ad Vellej.*

(90) Porque, si bien la muger queda obligada *ipso jure*, tiene á su favor el S. C. Velleyano: nótese que en este caso no queda libre el primer deudor, segun el caso singular de la l. 8. §. 9. D. *ad Vellej.*

(91) Lo mismo debe decirse del menor que tiene curador, segun lo anotado en la l. 1. D. *de novat.*

(92) Añád. l. 1. al fin D. *de novat.*, de la cual esta trae su orígen.

(93) Deriva de la l. 14. y sig. D. *de novat.*

(94) Hecha pues con arreglo á ley la novacion, quedan libres los bienes hipotecados, y las pren-

el renouamiento del segundo. E es tenudo de pagar la debda el que la fizo, maguer sopiesse ciertamente, despues (95) que lo ouiesse assi renouado, que non auia a dar (96) ninguna cosa, a aquel cuyo debdor cuydaba que era. Pero en saluo finca a este que renouo el pleyto, de poder demandar a aquel cuyo debdor cuydaba que era, ante que el pague la debda, que le saque de aquella obligacion en que entro por el. E si por auentura non lo quisiere fazer, e apremiassen al otro, de manera que la ouiesse de lo suyo a pagar; estonce tenudo es el otro, por cuyo nome fue prometida la debda de nueuo, de pagarle en todas guisas aquello que por el pago: e non se puede escusar que lo non faga, maguer diga, que non le mando entrar manero, nin pagador de aquella debda; pues que en nome del pago aquello que el deuia, cuydando que lo deuia fazer. Mas si algund ome (97) que fuesse debdor de otro, cuydando que este cuyo debdor era, auia a dar alguna cosa a otro tercero, et non fuesse assi; si renouasse pleyto con el, e se obligasse a pagarle aquello que cuydaua que le deuia aquel cuyo debdor era el; maguer tal pleyto aya fecho con el, puede dezir, ante que le faga la paga, que le non dara ninguna cosa; poniendo defension (98) ante si, que non gelo deue dar; pues que el otro, por quien entro manero, non le deue nada. E si por auentura acaesciesse, que le pagasse aquello por que entro manero, e fiziesse la paga por mandado (99) del otro, cuyo debdor el era, estonce finca desobligado de la debda: pero en saluo finca a este, a quien deuia la debda, poder contra el otro, que le torne lo que recibio de mano de su debdor, pues que el non le deuia ninguna cosa; e el que recibio la paga como non deuia, es tenudo de gela tornar. E si la paga fiziesse el por si mismo, sin mandado de aquel cuyo debdor era, estonce non finca desobligado de la debda que le deuia; e dezimos, que es tenudo de gela pagar. E ha demanda contra el otro, que le torne lo que le pago; et deuegelo tornar, maguer non quiera.

LEY 20. *Como se puede dasatar vna debda por otra, en manera de compensacion.*

Compensacion es otra manera de pagamiento (100), por que se desata la obligacion de la debda que vn ome deue a otro: e compensatio en latin tanto quiere dezir en romance, como descontar vn debdo por otro. E esto seria, como si vn ome demandasse a otro en juyzio mil marauedis, e este a quien los demandasse, dixesse (101), que queria prouar, que le deuia el otros tantos a el, e que pidia de derecho al Judgador, que le mandasse que fuesen quitos (102) los vnos por los

das, l. 18. D. *de novat.* y v. l. 11. §. 1. D. *de pig. act.* y Jas. en la l. 18. col. 2. D. *de verb. oblig.*; acerca del fiador, v. Bald. en la l. 12. C. *de non. num. pec.*, y en cuanto á los privilegios de preferencia, esto es, si subsistirán novándose la obligacion, véanse las ll. 29. D. *de novat* y allí Bart., y 28. D. *de jur. fisc.*: y en general la novacion tiene fuerza de pago, l. 31. §. 1. D. *de novat.*

(95) Dícese esto, porque si supo al principio, que podia oponer alguna escepcion contra el acreedor, se presume haberla renunciado, segun la cit. l. 14.

(96) Así pues, la escepcion que podia competerle contra el delegante, no la tiene contra aquél á quien es delegado: véase sobre esto Bart. en la l. 19. D. *de novat.*

(97) Trae su orígen de la l. 7. D. *de novat.*

(98) A tenor de la cit. l. 7.

(99) Parece deberá decirse lo mismo si el delegado pagó por él á un acreedor supuesto.

(100) Así pues el que compensa, parece que paga, segun esta ley, y v. Bart. en la l. 45. D. *de cond. et demons.*; y aunque la condicion debe cumplirse en la forma espresada, puede sin embargo verificarse esto por medio de la compensacion, si aquella consiste en pagar, l. 20. D. *de statulib.*, y véase lo anotado por Bald. en la l. 15. col. últ. D. *rem. rat. hab.*, donde concluye que el que promete pagar bajo juramento, si compensa, queda libre de la promesa, y no incurre en perjurio; empero lo contrario de esta decision de Bart. sostienen comunmente la Glos. y los DD. en el cap. *ad nostram* 1. *de jurejur.* y allí Juan de Imol., y Alex. consil 91. vol. 2., y parece mas acertada el que pague, cuando pueda verificarlo: de otra suerte es justo que compensando, se libre del perjurio: y acerca de que la compensacion no se dice verdadera paga, v. Bart. en la l. 5. al fin C. *de compens.*

(101) Segun esta ley, aunque el deudor confiese la deuda, debe no obstante admitírsele la escepcion de compensacion, cuando lo que opone puede liquidarse fácilmente, como se espresa al final de la misma, y lo propio sostenian Azon en la Suma C. *de compens.*, y Alberic. en la l. últ. C. de tít., y allí tambien Bald. y Paul. de Castr. al fin.

(102) Nótese aquí el modo de oponer la compensacion, esto es, por medio de la escepcion, pues no procederia, si se pidiese mediante reconvencion: v. Bald. en la l. 14. col. 3. C. *desent.*, donde tambien espresa que el que opone la escepcion de compensacion, parece confesar la deuda.

otros. Ca estonce, fallando el Judgador (103) en verdad, que assi es, deue mandar que se quite el vn debdo por el otro: e son tenudos, de lo otorgar, e de fazer assi (104). Pero el Judgador deue catar primeramente, ante que mande fazer este quitamiento, si aquel que quier descontar vna debda por otra, puede luego prouar, e aueriguar lo que dize, o a lo mas tarde fasta diez dias (105). E si lo prouare assi, o conosciere el otro la debda, estonce lo deue mandar, assi como es sobredicho. Mas si entendiere, que lo non podria tan ayna prouar, porque los testigos son lueñe, o las car-

(103) La escepcion de compensacion puede oponerse tambien ante un juez delegado, segun Bald. en la l. pen. al fin C. *si a non compet. jud.*; lo contrario debiera decirse respecto del árbitro, segun él, si la compensacion proviniese de causa estrínseca, mas no si fuese intrínseca; véase el mismo Bald. en las ll. 14. al fin C. *de sent.* y 1. C. *de arbitr.*

(104) Ni se admitiria la compensacion de otra deuda que opusiese el actor: pues no tiene lugar la compensacion de compensacion como dice Bald. en la auth. *et consequenter* col. 1. C. *de sent.*

(105) Tenemos aquí que la escepcion se considerará de las liquidables al momento, cuando la liquidacion puede hacerse dentro de diez dias. Opinaban ser esto arbitrario los DD. en la l. últ. C. *de compens.*, Bart. en la l. 3. D. *ut in posses. legat.*, Ang. en la l. 13. §. 2. *ad Trebel.*, é Innoc. y otros en el cap. *veniens*, el 2 *de testam.* Adviértase que en virtud de esta ley de Part. junto con la del Orden. la que dispone que los instrumentos públicos y la sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, traigan aparejada ejecucion, no obstante cualquiera escepcion que no se pruebe dentro de diez dias; parece que no será aplicable entre nosotros aquella notable doctrina de Bart. en la l. 46. §. 4. D. *de jur. fis.*, donde dice, que si uno ha sido condenado á verificar cierto pago sin concederle plazo al efecto, no podrá oponer compensacion, aunque sea de deuda que al momento pueda liquidarse: cuya doctrina la refiere tambien Bald. en la l. 3. C. *de compens.*, aplicándola á los instrumentos que traen aparejada ejecucion, con la cláusula que si el reo no paga en vista del instrumento, se le ponga á la cárcel, hasta que lo verifique; y si bien Bald. allí está en contra de Bart., la opinion de este es la general, como dice Alex. consil. 94. y 95. Empero, repito, concediéndose por nuestras leyes diez dias al efecto de probar la escepcion, podrá oponerse y probarse la de compensacion dentro de dicho plazo; y en estos términos parece haber opinado Rodrig. Suar., si bien sobre materia distinta, en la lectura á dicha ley del Orden, transcrita en la repeticion á la l. *post rem judicatam* fol. 139. vers. *venio ad secundam partem.* Nótese que si bien la compensacion puede oponerse hasta en la ejecucion de sentencia, como dije, no será admisible en la instancia de apelacion, segun Bald. en la l. 4. C. *de temp. appel.* col 5., fundado en que tiene la compensacion fuerza de reconvencion, la que no puede oponerse en la segunda instancia, y atendido que la compensacion no impugna la sentencia; véasele en d. lug.: tal vez en la práctica no se admitirá la decision de Bald.—* Reuniremos aquí las circunstancias que son indispensables para que la compensacion tenga lugar, de las que empieza á tratarse en esta ley. 1.ª Que la deuda que quiere compensarse sea cierta y líquida, ó á lo menos que pueda probarse y liquidarse dentro diez dias, como esta ley dispone: sin embargo conviene distinguir; si la compensacion se objeta á una demanda reconocida ó que de otra suerte pueda dar lugar al juicio ejecutivo, indudablemente deberá probarse y liquidarse dentro de los diez dias la deuda que se intenta compensar, y á este caso sin duda se refiere esta ley de Part.: empero, si opone la compensacion el que es reconvenido en juicio ordinario, bastará que la pruebe dentro del término probatorio, porque la accion y la reconvencion se instruyen á la vez paralelamente.—2.ª *circunstancia:* Qué la deuda que se intenta compensar sea pura, porque de otra suerte vendriamos á parar á que ó se exigia antes de existir, ó antes de tiempo, segun fuese condicional ó á dia cierto, l. 7. D. *de compens.*; y decimos que se exigiria, porque la compensacion equivale á un pago recíproco, mediante tradiciones fingidas.—3.ª *Circunstancia:* Que las dos deudas sean de cosas fungibles de la misma especie y calidad, ó bien de cosa indeterminada no fungible, con tal que no haya diferencia en la especie ni en la calidad; si por ej. Juan debe á Pedro un par de yeguas normandas, y el segundo ha sucedido á los bienes del que debia al primero un par de yeguas de la misma clase, se compensarán estas dos deudas, l. sig.; y en general, por lo que mira á la cosa, se requiere, que lo que nos debe nuestro acreedor sea tal, que cobrándola pudiésemos pagarle con ella.—4.ª *Circunstancia:* Que la deuda que tratamos de compensar pese sobre la persona en cuyo nombre se nos reconviene; así es que no cabe la compensacion por un crédito que tengamos contra el procurador del damandante; esta misma ley al fin: pero ¿podráse objetar al cesionario la compensacion de un crédito que el deudor tenga contra el cedente? este es punto cuestionable, y por algunos autores respetables se admite la compensacion cuando la cesion se hizo á título lucrativo, ne-

tas de la prueua, estonce non le deue otorgar el quitamiento sobre dicho; ante deue andar por el pleyto adelante, como el derecho manda.

LEY 21. *Quales debdas se pueden descontar por compensacion, e quales non.*

Descontarse pueden en manera de compensacion, todas las debdas que son de cosas que se pueden contar (106), o pesar, o medir, fasta en aquella quantia que el vn debdor deuiere al otro. Otrosi dezimos, que si dos omes deuiessen vno a otro, cosas que non fuessen ciertas, nin señaladas, assi como cauallo, o otra cosa qualquier samejante, que non fuesse señalada (107) por nome, o por señales ciertas; que estonce bien pueden descontar al vno por el otro. Mas si la vna debda fuesse sobre cosa señalada, assi como si el vno ouiesse a dar al otro vn sieruo, o vna viña, o huerta, o otra cosa cierta; e el otro deuiesse a el otra cosa, que non fuesse cierta por nome señalado, assi como alguna quantia de trigo, o otra cosa que se pueda contar, o pesar, o medir; estonce (108) non pueden los debdores fazer entre si, por premia, desquitamiento de una cosa por otra destas debdas tales.

LEY 22. *Como les compañeros pueden descontar entre si los daños, e los menoscabos que ouieren, por razon de la compañia, por culpa dellos.*

Dos, o mas, auiendo compañia de so vuo, si el vno dellos demandasse al otro emienda, de lo que auia menoscabado de las cosas de la compañia, por su negligencia, o por su culpa; e el otro le respondiesse, que el otrosi auia perdido, o menoscabado otro tanto de lo de la compañia por otra tal razon; el menoscabo que desta manera auiniesse en las cosas de la compañia, bien puede ser descontado el vno por el otro, si fueren eguales; e si non, fasta aquella quantia, que montare el menoscabo, que fizo cada vno dellos. Esso mismo dezimos que seria, si acaesciesse, que el vno de los compañeros ouiesse fecho daño en alguna partida de las cosas de la compañia, e en otra pro. Ca el pro, e el daño que fiziesse, deue ser egualado, lo uno por lo al (109), e descontado, segun la quantia que fallaren que monta el daño, o la pro. Otro tal seria, si el vno de los compañeros tomasse algo por si de la compañia, e el otro le demandasse, quel diesse su parte de aquello que tomara. E este que lo tomo le dixesse,

gándola cuando es oneroso. — 5.ª *Circunstancia:* Que el crédito cuya compensacion objeta el demandado sea suyo y no de otra persona, á no ser que habiéndoselo esta cedido, lo hubiese ya deducido en juicio, l. 18. princ. D. *de compens.*, y la razon estará en que la cesion se completa mediante dicho acto, haciéndose en consecuencia dueño del crédito el cesionario, de modo que desde entonces el deudor ya no puede pagar al cedente; pero se consigue lo mismo con notificar la cesion al deudor, y tambien con el hecho de reconocer este al cesionario, segun la l. 3. C. *de novat.*, de consiguiente, parece que en cualquier caso de estos el cesionario podrá compensar el crédito que se le ha cedido. — 6.ª *y última circunstancia:* Que la accion que se instituya no sea de aquellas que por ley espresa resisten la compensacion; véanse las ll. 26. y 27. de este tít.

(106) Añád. l. 14. D. *de compens.* y l. 4. C. d. tít.; y acerca de si la deuda de cierta cantidad de dinero, es compensable con la de trigo, v. Bart. y Glos. en la l. 7. §. 5. D. *solut. matr.* y la Glos. en la l. 6. C. *de compens.*

(107) Es decir indeterminada (in genere) como un hombre, un caballo; añád. Glos. en la l. últ. C. *de compens.*, la que cita algunas leyes con este objeto, alegadas tambien por Azon en la Suma C. d. tít. col. 1. Nótese que una parte cota de la herencia puede compensarse con otra parte de la misma especie, l. 1. §. pen. D. *si pars. hæred. pet.* y l. 58. §. 3. D. *ad Trebel.* Entiéndase esta l. de Part. en el supuesto que las cosas debidas fuesen de un mismo género, y no si el uno debiese un buey y el otro un caballo, Cyn. y Bald. en la l. últ. C. *de compens.*

(108) Añád. l. 18. princ. D. *de pign. act.* y l. 6. C. *de rei vind.*: empero, si se debiese alternativamente un objeto determinado, ó cierta cantidad, podrá oponerse la compensacion respecto de esta, segun Bald. en la l. 1. C. *si maj. fact. alien. sin. decret. rat. hab.*, fundado en la misma ley. De la disposicion de esta ley de Part., esceptúese el caso de la l. 1. §. 9. vers. *sed et si tantum* D. *de colat. bonor.*: esceptúese tambien el caso en que, por no existir la cosa, se deba la estimacion, l. últ. C. *de compens.*, y allí la Glos. y los DD.: por fin, si la deuda es de cierta cantidad de dinero depositada en tal punto, á pesar de ser deuda de especie, será compensable, segun Cyn. y Alberic. en d. l. últ.

(109) Parece esto en contradiccion con la l. 13. tít. 10. de esta Part. y con las ll. 25. y 96. D. *pro soc.*, donde se dice, que el daño causado por uno de los socios, no se compensa con el provecho que acarreó á la sociedad. Y ciertamente era opinion general, atendido el derecho comun, que debiendo el socio procurar las ven-

que non gelo daria, porque el le prouaria, que auia fecho daño en las cosas de la compañia, que montaua tanto, o mas, de lo que el tomo. Ca si esto prouare, deue ser esquitado lo vno por lo al.

LEY 23. *Como deue ser descontado el daño, que alguno de los compañeros fiziere en la compañia por engaño.*

Engaño faziendo alguno de los compañeros en las cosas de la compañia, por que auiniesse en ellas perdida, o menoscabo, si el otro compañero le demandasse emienda de aquello que se perdiera, o menoscabara por su engaño, si este a quien fazen tal demanda, la respondiesse, que el queria prouar, que se perdiera, o se menoscabara otro tanto de lo de la compañia, otrosi por engaño que el otro auia fecho; prouandolo assi, dezimos, que deue ser desquitado(110) el vn daño por el otro. Otrosi dezimos, que si se perdiesse, o se menoscabasse alguna cosa de las de la compañia por negligencia, o por culpa del vn compañero; e se perdiesse otra, e se menoscabasse, que valiesse otro tanto, por engaño que fiziesse el otro compañero; que estonce bien pueden desquitar la vna por la otra. Mas si vna tan solamente se perdiesse, o se menoscabasse por culpa del vn compañero, e por engaño del otro, estonce non se podria desquitar el engaño por la culpa; ante dezimos, que el que fizo el engaño, que es tenudo de pechar el daño, o el menoscabo, que auino por el, e non ha demanda contra el otro por razon de la culpa: porque en la balança del derecho pesa mas el engaño (111) del vno, que la culpa del otro, quando auienen amos sobre vna cosa misma. E lo que diximos en estas dos leyes de los compañeros, entiendesse tambien en los pleytos, que auienen entre los otros omes sobre tales cosas como estas, que ouiessen comunales (112) en vno por otra razon.

LEY 24. *Como los Fiadores, e los Personeros, pueden descontar las debdas, por aquellos que fiaron, si les fuere demandado en juyzio.*

Non tan solamente los debdores principales pueden descontar un debdo por otro, mas aun sus fiadores lo pueden fazer tambien, de la debda que deuiessen a aquel a quien fiaron, como de la que deuiessen a el mismo. Esso mismo dezimos, que podria fazer el personero del debdor principal, o del fiador, dando fiadores (113), que lo aya por firme aquel cuyo personero es. Pero debdo que deuiesse el personero, a aquel a quien faze la demanda en nome de otro, non le podria descontar en nome de aquel cuyo personero (114) es,

tajas de la sociedad, como dije en d. l. 13., no debia compensarse el lucro que acarreó á ella, con el perjuicio que le causó; á no ser que este proviniese de caso fortuito, y así opinan Azon en la Suma C. *pro soc.* col. 6. y Bart. y la Glos. en la l. 11. D. *de negot. gest.* De ahí es que podria decirse que esta ley se refiere al caso que el daño no provino de culpa; pero parece resistir semejante interpretacion la misma ley, si se atiende que al principio trata del daño causado por culpa ó negligencia de uno de los socios, y que diciendo en este vers. *esso mismo*, parece referirse al mismo supuesto. Así que tal vez será mas fundado decir que d. l. 13. debe limitarse al caso de que en ella se trata, á saber, á aquél en que el daño proviene de dolo del socio; y que esta ley se refiere al caso que provenga de culpa; quedando por medio de estas ll. de Part. declarados los cit. testos del derecho comun; si bien, como dije, la generalidad de los DD. opina de otra manera, y su opinion se halla bastante apoyada por dd. ll. 25. y 26. No puede desconocerse que esta l. de Part. se refiere abiertamente al daño que proviene de culpa ó negligencia del socio, y no al que es efecto de caso fortuito; y de otra parte no deja de ser equitativa la indicada distincion entre el daño que es efecto de dolo, y el que proviene de culpa: en efecto en igualdad de circunstancias se castiga mas severamente aquél que esta, cap. *nihil* 44. *de elect.* y allí Abb. Por lo que mira á si el procurador puede compensar el lucro que acarreó al principal, con el daño que le causó, véase Bald. en la l. 4. C. *mand.*

(110) Trae su orígen de lo anotado por Azon en la Suma C. *de compens.* col. 2. vers. *item dolus cum dolo*, y de la glos. 2. á la l. 10. D. *de compens.*, donde se lee lo mismo que en esta ley.

(111) El dolo prepondera á la culpa, segun esta ley, la l. 9. §. últ., la l. 11 y la l. 52. D. *ad leg. Aquil.*: sin embargo, si hubo dolo por una parte y por la otra culpa lata, se compensarán, segun Abb. en el cap. pen. al fin *de his quæ vi metusv. causa.*

(112) Así que no es peculiar del contrato de sociedad lo establecido en esta ley y en la ant., sino que procede en toda suerte de comunion: lo contrario decia la Glos. en la l. 11. D. *de neg. gest.*

(113) Hace al caso la l. 9 al fin D. *de compens.*

(114) A no ser que fuese procurador en cosa propia, l. 18. D. *de compens.* ¿Podrá al procurador en cosa propia objetársele la compensacion de lo que debe el cedente? Véase la l. 33. §. últ.

en manera de compensacion, sin placer de aquel cuyo personero es.

LEY 25. *Como el fijo puede descontar en juyzio, las debdas que demandan a su padre.*

Emplazado seyendo alguno ome ante el Judgador por debda que deuiesse, si el non pudiesse venir a responder al plazo que le fue puesto, e viniesse alguno de sus fijos (115) a responder en su lugar, e dixesse ante el Judgador, que aquel que le auia emplazado deuia otro tanto a su padre, como aquello que le demandaua, e que pedia al Judgador, que mandasse descontar el vn debdo por el otro; tal dquitamiento non deué ser cabido: fueras ende, si el fijo diere fiador, que aya por firme el padre, lo quel fiziere en aquel pleyto. Ca estonce, dando assi fiador, e prouando la debda, que dize, que deuia el demandador a su padre, o conosciendola el otro, bien puede mandar el Judgador, que sea desquitado (116) el vn debdo por el otro. Esso mismo dezimos que deue ser guardado, en todos pleytos que quisieren amparar (117) los omes los vnos por los otros, maguer non sean fijos, nin parientes, nin auiniendo carta de personeria.

LEY 26. *Por que razon, los que deuen marauedis al Rey, o algun Concejo, non les pueden descontar por manera de compensacion.*

Diximos en las leyes ante desta, que todas las cosas que deuen los omes vnos a otros, que son de tal natura, que se pueden pesar (j), y medir, e contar, que puede ser fecho (118) desquitamiento sobre ellas. Pero razones y ha, en que non seria assi. E esto seria, como si el Rey, o el Comun de algun Concejo, ouiessen auer, que fuesse establescido apartadamente para labrar, o refazer los muros (119), (k) o las fuentes, o las puentes de sus concejos; o para fazer engeños, o galeas; o para comprar armas, o vianda para en hueste; o para dar raciones a los que estan en seruicio del Rey, o del Comun del Concejo; o para otras cosas semejantes destas. Ca qualquier que ouiesse a dar marauedis, que fuessen establecidos para esto, maguer el Rey, o el comun de algun Concejo, ouiessen a dar a el otro debdo, non se podria descontar el vn debdo por el otro. Otrosi dezimos, que auiendo algun ome a dar pecho, o censo, a la Camara del Rey, o al Comun de algun Consejo, maguer el Rey, o el comun de aquel lugar, deuan a el otro debdo, non puede ser fecho desquitadamiento del vn debdo por el otro. Esso mismo dezimos que seria en los portadgos, que los omes han a dar por las cosas que lleuan de vnos lugares a otros. E aun dezimos, que si algun ome establesciesce a otro por su heredero so tal condicion, que despues de sus dias aquel heredamiento fincasse a la Camara del Rey, o al Comun del Concejo; o le diesse marauedis en fieldad (120), o otra cosa cierta, que diesse a la Camara del Rey, o al Comun; maguer el Rey, o el Comun, le ouiessen a dar a el alguna debda, non puede ser esquitado lo vno por lo otro.

(j) ó medir ó contar, Acad.

(k) ó los puentes de Acad.

D. *de procur.*, y Bald. en la l. 9. C. *de compens.* Nótese tambien que lo que se debe á la sociedad no puede compensarse con lo que debe uno de los socios: v. l. 65. §. 14. D. *pro soc.* — * Véase la adicion á la glos. 105.

(115) Añád. l. 12. C. *de procur.* y l. 9. §. 1. D. *de compens.*

(116) Luego, aunque el hijo no pueda recibir lo que se debe al padre en virtud de un contrato que él no haya verificado, aunque preste la caucion *de rato*, l. 27. princ. D *de pact.*, y l. 3. D. *solut. matr.* junto con lo allí notado; con todo puede recibir por ficcion de derecho, compensando lo que su padre acredita, segun esta ley y la cit. l. 9. y nótalo allí Paul. de Castr.

(117) Es decir, sea cual fuere el procurador, ó bien sea *negotiorum gestor*; concuerda con lo que dice Azon en la Suma C. *de compensat.* col. 2: añád. l. 12. C. *de procur.*, l. 23. D. *de solut.*, y l. 10. tít. 5 de esta Part.: téngase pues presente esta ley, á tenor de la cual el que se presenta como defensor de otro, puede objetar la compensacion.

(118) Es decir, si se opone, como se espresa en la l. 20; así pues la compensacion no se hace *ipso jure*, sino que es preciso que se objete por el demandado, debiendo además recaer la sentencia del juez, segun la cit. l. 20, y lo dice Alberic. en la l. 5. D. *de compens.*, donde puede verse la Glos., y esta y Bald. en la l. 4. C. d. tít., donde se indican los casos en los que la compensacion se hace *ipso jure*.

(119) Nótense estos ejemplos de la ley, y añád. ll. 3. C. *de compens.*, 46. §. 40. D. *de jur. fisc.* y la Glos. en la l. 20. D. *de compens.*, y lo que aquí se dice acerca de la construccion y reparacion de los muros se ha tomado de Azon en la Suma C. *de compens.* al fin, col. 2; añádase el caso de la l. 7. C. d. tít.

(120) Téngase presente este caso, pues con él

LEY 27. *Que aquello que vn ome fuesse condenado en juyzio, por razon de fuerza que ouiesse fecho, lo que fuesse dado en condesijo, non puede ser descontado por otro debdo.*

Dada seyendo sentencia contra alguno, que pechasse cierta quantia de marauedis a otro, por razon de fuerça, o de tuerto (121) que ouiesse fecho; maguer este que recibio el tuerto, deuiesse alguna cosa al otro, e le fuesse demandado, que descontasse aquella debda por la otra sobre que fue dado el juyzio, non es tenudo de lo fazer, si non quisiere. E aun dezimos, que si vn ome encomendasse a otro alguna cosa, quier fuesse de aquellas que se pudiessen contar, o pesar, o medir, quier non, maguer aquel que gela dio en guarda, le deuiesse a el otra debda, que non le puede (122) demandar que sea fecho desquitamiento de lo vno por lo al; mas deuel tornar en todas guisas aquello que recibio del en guarda; e despues desso, puedel mouer demanda por lo quel deue.

LEY 28. *Como deue ser reuocada la paga, quando es fecha como non deue.*

Cuydan, e creen a las vegadas los omes, que son tenudos de dar, o de fazer pagas, de cosas que non deuen. E esto podria ser (123), como si alguno que fuesse debdor de otro, pagasse aquella debda su personero, o su mayordomo; e despues desso, el no lo sabiendo, pagasse otra vez aquella debda misma. O como si acaesciesse, que seyendo vn ome debdor de otro, le quitasse aquella debda en su testamento aquel a quien la deuia; e el, non sabiendo que gela auia quita, la pagasse a sus herederos. E porende dezimos, que en qualquier destas cosas sobredichas, o en otras semejantes destas, que alguno fiziesse paga por yerro (124), que prouandolo, quel deue ser tornado en todas guisas, lo que assi ouiesse pagado.

se amplia la disposicion de la l. 3. C. *de compens.*, de donde la nuestra trae su orígen.

(128) Así pues no se admite la compensacion, cuando la deuda proviene de maleficio, como en esta ley y en la l. últ. C. d. tít.: limítese sin embargo como en la espresada l. 23. y v. Bald. en la cit. l. últ.

(122) Tenemos aquí uno de los privilegios del depósito, y véanse otros en la glos. de la Novel. 88 sobre la palabra *data*.

(123) Tenemos aquí dos modos con los cuales se prueba haberse pagado por error lo indebido. Lo propio debiera decirse si satisfice otra vez las deudas, cuyo pago estaba ya verificado por mi padre á quien sucedí, segun la regla 42. D. *de reg. jur.* Lo mismo tendrá lugar si pagué en fuerza de un instrumento falso que reputaba verdadero, l. 11. D. *de except.*, ó si erré en el nombre, l. 4. C. *de testam.*, y cap. *significante* 34. *de rescr.*, ó bien acerca de alguna escritura, por ej. de testamento, en el que creia habérsete legado un predio: pues se justificará el error, produciendo el testamento, el cual no contenga semejante cláusula: se probará tambien ser indebida la paga, manifestando ser falsas las circunstancias bajo las cuales se supone contraida la deuda; por ejemp. si uno dijese haber hecho tal dia un préstamo á mi procurador, y yo probase que este estuvo en otra parte en dicho dia, Instit. §. 5. *de inut. stip.*, l. 9. §. 4. D. *de interrog. act.* y lo que trae Alex. consil. 83. princ. vol. 1.

(124) De hecho, como en los casos de esta ley; mas no si fuese de derecho, á tenor de la l. 10. C. *de jur. et fact. ign.*, la cual véase, y latamente la Glos. y Bart. en la l. 1. D. *de condict. indeb.*, la Glos. en la l. 53. D. *de reg. jur.* y en el cap. últ. *de solut.*: distíngase empero si lo que se paga, es absolutamente indebido, tanto atendido el derecho civil, como el natural, en cuyo caso podrá repetirse indistintamente, ya hubiese mediado error de hecho ya de derecho; ó bien si es indebido civilmente, mas no segun derecho natural, pues entónces procederá dicha distincion: véase allí, donde se trata estensamente, y adviértase que se presumirá haberse pagado indebidamente, si se prueba que se verificó por error, segun la Glos., y lo anotado por Bart. y Bald. en la l. 25. D. *de probat.*, y téngase presente dicha glos. por hallarse generalmente aprobada, aun en el supuesto que el error recaiga en hecho propio, segun manifiestan tambien los DD. en la l. 2. D. *de confes.*, y Alex. consil. 164. col. 2. vol. 5: véase lo que digo en la l. 30. de este tít.—*En esta materia las leyes de Partida adolecen de falta de precision y claridad, como las romanas. Empero, ya que no es posible dejar de vacilar en algunos puntos, sepamos cuales sean estos. — El que paga lo que no debe, ó lo hace á sabiendas, ó por error, ó dudando. — 1.º Lo que se paga á sabiendas, no puede repetirse, aunque no existiese género alguno de deuda, l. 30. de este tít. junto con la glosa; esceptúase el pago hecho por el menor, el cual tiene la restitucion por entero, l. cit. — 2.º Si el pago se hizo por error es preciso distinguir: ó habia una especie de deuda natural pero no exigible; ó no existia género alguno de deuda; ó la habia pendiente de condicion. En el primer caso, por ejemp. si se paga una manda hecha en testamento que carece de alguna de las solemnidades legales, habrá

LEY 29. *Quando aquel que faze la paga la reuoca, diziendo que lo fizo por yerro, e el otro niega, qual deue prouar.*

Dubda (125) podria auenir, sobre la demanda que alguno fiziesse a otro, diziendole, que pagara por yerro lo que non deuia, si el otro dixesse que non era assi; qual de las partes deue prouar lo que dize, el demandador, o el demandado. E porende dezimos, que si aquel a quien fazen la demanda, conoce la paga, diciendo quel fue fecha verdaderamente, e non por yerro; que estonce el demandador deue prouar el yerro, e si lo prouare, deuele ser tornado lo que pago. Mas si el demandado negassse la paga, e el demandador prouasse (126) tan solamente que la auia fecho, maguer non prouasse el yerro, tenudo es el demandado de tornarle aquello quel pago. Fueras ende, si quisiesse luego prouar, que la paga le fuera fecha verdaderamente. E este departimiento que fazemos en esta ley, ha logar entre todos omes. Fueras ende en el menor de veynte cinco años, e en la muger, e en el labrador simple, e en el Cauallero que (*l*) biue con cauallo, e armas, en seruicio (127) del Rey, o de la

(*l*). viene con caballo Tol. 2.

lugar á la repeticion si el error de hecho hubiese sido causa del pago, pero no si el error fuese de derecho, á no ser que se alegase por caballero de la corte del Rey, por labrador ó por alguna muger, l. 31 de este tít. En el segundo caso parece que procederá la repeticion, tanto si es de derecho como de hecho el error: en efecto el único caso en que se deniega por ser de derecho el error es el de la cit. l. 31, esto es cuando existe una especie de deuda en el foro interno: verdad es que la ley que se comenta, la mas general en la materia, se vale únicamente de ejemplos en que el error es de hecho, pero tambien es cierto que el argumento *á contrario sensu*, engaña á cada paso; á lo que se agrega que toda vez que esta ley es general, correspondia en ella hacer la distincion entre error y error, y no en la l. 31., en el supuesto que la intencion de sus autores hubiese sido denegar la repeticion cuando el error fuese de derecho; aun mas, dicha l. 31 era entónces inútil, pues que el pago de las mandas de que se trata en ella quedaba equiparado al de cosa absolutamente indebida. En el tercer caso, esto es, cuando se paga la deuda pendiente de condicion, la l. 32 autoriza de un modo absoluto la repeticion, mientras la condicion no se cumpla: esto no tiene dificultad cuando el pago sea acompañado del error; pero si el que paga no ignora la condicion y que ella está pendiente, ¿le concederémos la repeticion en fuerza de la indicada disposicion absoluta, ó se la denegarémos en virtud de la l. 30, que priva sin distincion de todo recurso al que á sabiendas paga lo que no debe? Parécenos que no puede denegársele la repeticion, mayormente cuando la condicion haya faltado, porque en semejante caso no puede presumirse la intencion de donar, como en el supuesto de no existir obligacion de ningun género: en efecto, es mas probable que se haya anticipado el pago creyendo que la condicion no dejaria de cumplirse. — 3.° Al que paga dudando si debia ó no, se le concede la repeticion, probando que no existia deuda, l. 30. cit.: esta ley no hace distincion acerca de si la duda estaba en el hecho ó en el derecho, ni admite restriccion alguna: y de otra parte no hallamos motivo para restringirla, al considerar que un pago de esta suerte envuelve la condicion tácita de restitucion, si resultare no existir obligacion eficaz.

(125) Concuerda con esta ley la l. 6. tít. 14. Part. 3. — * ¿Bastará que el que pagó pruebe que no debia, ó será menester que acredite además haberlo hecho por error? Parece no ser indispensable la prueba especial del error, y que esta ley con las palabras *prouar el yerro* entiende la prueba acerca la no existencia de la obligacion: en efecto, la ley dice que debe probar el error, y no el error y la no existencia de la deuda; lo que hace presumir que con dichas palabras entendió hablar de la prueba sobre no ser debida la cosa (cuya prueba no puede escusarse) siendo su intencion que probado esto, se entendiera serlo el error: en caso de duda no se presume la donacion; y de otra parte el que sobre un hecho tiene la presuncion á su favor no debe probarlo: por fin, á lo dicho se agrega la l. 41. §. 1. D. *de reg. jur.* donde se lee, *In re obscura melius est favere repetitioni quam adventitio lucro.* Empero, óbstanos la l. 6. tít. 14. Part. 3, al fin de la cual se dice, que si niega el que recibió la paga, debe restituir lo que recibió, aunque el otro no pruebe que lo hizo con error y de cosa que no debia; de donde parece inferirse *á sensu contrario*, que faltando dicha negativa, deberá el demandante probar los dos estremos: elija el lector.

(126) Entiéndase por medio de testigos ó instrumentos; pues si habiéndose deferido el juramento al adversario, este la confesase, se libraria de la pena de que se trata en esta ley, por haber evitado las pruebas con su confesion, arg. l. 30. D. *de jurejur.*, y de consiguiente tendrémos lo mismo, que si no se hubiese negado la paga, segun Juan Andr., siguiendo á Vincent., y tambien Juan de Imol. en el cap. ult. *de solut.*, habiéndolo sostenido antes que estos la Glos. en d. l. 25. D. *de probat.*

(127) Téngase presente esta ley con respecto á

tierra: ca qualquier destos que demandasse a otro en juyzio, que auia fecho paga como non deuia, e el otro otorgasse la paga; estonce tenudo seria, el que la paga rescibiere, de prouar que fue verdadera, e que la deue auer por derecho. E si esto non prouasse, tenudo seria de tornar lo que assi ouiesse rescibido.

LEY 30. *Como aquel que paga a sabiendas lo que non deue, non lo puede despues demandar.*

Pagando algun ome a sabiendas, debda que non deuiesse; dezimos, que este atal non la puede despues demandar: porque aquel que pago lo que sabia que non deuia, entiendese, que lo faze con entencion de lo dar (128). E porende non puede fazer demanda, que gelo torne; fueras ende, si el que fiziesse tal paga, fuesse menor de veynte e cinco años (129). Ca este atal bien podria cobrar lo que assi ouiesse pagado, por razon de la menor edad. E otrosi dezimos, que si alguno pagasse debda, que non fuesse cierto si la deuia, o non, maguer la pagasse, assi dudando (130), que si despues desso prouasse que la non deuia, tenudo seria de gela tornar el que la ouiesse recebida.

LEY 31. *Como las mandas que son puestas en testamento imperfeto, si fueren pagadas, non se pueden reuocar.*

Acabadamente (131) a las vegadas non fazen los omes sus testamentos, pero dexan mandas en ellos. E como quier que segun sotileza de derecho non podrian apremiar por juyzio, a aquel en cuya mano fuesse tal testamento como este, que pagasse las mandas que fuesen fechas en el; con todo esso, si el, o los herederos, de su voluntad las pagassen, non pueden despues demandar que gelas tornassen; maguer dixessen, que se pudie-

lo que dije en la l. 49. tít. 5 de esta Part.

(128) Y de consiguiente no lo recobra, segun esta ley, y la l. 9. C. *de condict. indeb.* Entiéndase esta ley con las nueve limitaciones que pone Jas. en la l. 1. D. *de condict. indeb.*, y en particular téngase presente la primera limitacion, segun Paul. de Castr. y Alex. allí, á saber, que procederá, cuando el que paga y el que recibe saben que se paga lo indebido; de lo contrario la falta de consentimiento impediria la donacion, l. 18. D. *si cert. pet.* y allí Paul. de Cast. y otros modernos. Y añádase que lo dicho tendria lugar, aunque lo indebido se pagase al procurador de alguno; pues que para impedirse la repeticion en tal caso, se requiere que aquél en cuyo nombre recibe el procurador, lo sepa y acepte, pues el que dona, no se presume verificarlo, antes que se haya notificado al primero, segun la interpretacion que da Decio á d. l. 18, entendiendo así la l. 13. D. *de donat.* Esceptúese tambien el caso en que, conforme á la cuarta limitacion puesta allí por Jas., siguiendo á Bald. al fin, pudiese presumirse otra cosa, mas bien que un acto de donacion, á tenor de la l. 50. D. *de solut.* y allí Bart., y se prueba bastante en esta ley allí, *entendiesse que lo faze*, etc. ¿Y si alguno paga al procurador, cuyos poderes sabia que estaban revocados, se entenderá que le hace donacion? V. Glos. y Bart. en la l. 14. D. *de condict. ob caus.*, y el propio Bart. en la l. 62. D. *de solut.*, donde concluyen por la afirmativa; á no ser que pagase con el fin de quedar libre de la obligacion, y v. Bald. en la l. 19. col. 8. vers. 4. *quæritur* C. *de furt.* ¿El que tiene el privilegio de no pagar las espórtulas, y sabiéndolo, las satisface, podrá repetirlas? V. Bald. en la l. últ. col. pen. vers. *sed quid si iste* y vers. *modo venio* C. *de fruct. et lit. expens.*, donde resuelve por la negativa, tanto si se dirige á aquél á quien hizo el pago, como al vencido: y acerca de si se presumirá en caso de duda haberse pagado á sabiendas, ó por error, véase lo anotado por Paul. de Castr. en la l. 68. §. 1. *ad Trebell.*, quien decide que se entenderá mas bien lo primero, si fuese del todo indebido lo que se paga, ó á lo menos naturalmente, aunque se debiese atendido el rigor del derecho civil; si empero era indebido por este, mas no naturalmente, se presumirá verificada la paga á sabiendas ó por error de derecho, y de consiguiente no podrá repetirse, á no ser que manifieste haber incurrido en error de hecho, á tenor de d. §. 1.: si era debido, atendidos entrambos derechos, pero podia escepcionarse, entónces, si la escepcion es favorable, se entenderá que hubo error en el acto de la paga, á lo menos de derecho, lo pagado: de consiguiente podrá recobrarse: lo que no se conseguirá, siendo la escepcion odiosa, á no ser que se pruebe el error de hecho, como en el segundo caso; lo que dice Paul. de Castr. deberse tener muy presente. Y entiéndase la disposicion de nuestra ley, conforme al testo notable de la l. 21. §. 1. D. *de inoff. test.* y allí Paul. de Castr. —* Véase la adicion á la glos. 124.

(129) Añád. la Glos. en la l. 1. en la palabra *cessat* D. *de condict. indeb.*

(130) Concuerda con la l. últ. C. *de condict. indeb.*, y de consiguiente el que duda se equipara al que ignora: v. Jas. en la l. 1 al fin D. *de condict. indeb.* — * Véase la adicion á la glos. 124.

(131) Esto es, de un modo solemne: pues no se habla aquí de la imperfeccion que versa sobre

ran amparar por derecho, de non pagar tales mandas, porque eran dexadas en testamento, que non fue fecho como deuia. E aun dezimos, que como quier que este que ouiesse pagado las mandas, dixesse, que quando las pago, non sabia que auia este derecho por si, de non pagar tal manda, e que por esta razon las deuia cobrar; que tal escusança non deue valer (132). Ca tenemos, que todos los de nuestro Señorio deuen sauer (133) estas nuestras leyes. E si alguno, por non saberlas, fiziere contra ellas algunas cosas, que sean a su daño, tornese porende a su culpa. Fueras ende, si el que ouiesse fecho tal paga como esta, fuesse Cauallero de nuestra Corte. Ca los nuestros Caualleros mas se deuen trabajar en vso de armas, que en aprender leyes. O si fuesse muger, o menor de veynte e cinco años, o labrador simple: ca estos atales (134) bien se pueden escusar en tales razones como estas, diziendo que non sabian estas leyes.

LEY 32. *Como se puede reuocar la paga, que fiziessen de debda que fuesse fecha so condicion.*

De tal natura seyendo la condicion que pusiesen en algun pleyto, que fuesse en dubda si se cumpliria, o non, como si dixesse: Prometo de pagar tantos marauedis, si tal naue viniere a Seuilla; si pagasse (135) los marauedis en ante que se cumpliesse la condicion, bien podria demandar que gelos tornassen. E esto es, porque podria acaescer por auentura, que se non cumpliria la condicion: mas si la condicion fuesse de tal natura, que en todas guisas se cumpliria, como si dixesse: Prometo de vos dar tantos marauedis, si me muriere (136); o en otra manera semejante destas; si los marauedis pagasse en su vida, non los podria despues demandar que la paga fuesse fecha: porque cierta cosa es, que la condicion (137) se cumpliria en todas guisas.

LEY 33. *Como aquel que faze la paga, por razon de juizio, que es dado contra el, non la puede despues demandar.*

Condenado seyendo alguno en juyzio para pagar alguna debda, non se alçando de la sentencia, como quier que la debda non fuesse verdadera, tenudo es de la pagar: e despues que la ouiere pagado, non puede demandar que gela tor-

la voluntad, de la que trata la l. 25. D. *qui testam. fac. poss.*, sino de la falta de solemnidad, conforme con lo anotado por Juan de Imol. en d. l. 25: y aprueba esta ley la opinion de Azon en la Suma C. *de condict. indeb.*, y de la Glos. en la l. 1. D. d. tít., y en la l. 10. C. *de jur. et fact. ignor.*, á saber, que los legados provenientes de una voluntad menos solemne se deben naturalmente, mas no atendido el derecho civil; cuya opinion fué la de Bart. y de los Citramontanos en dd. ll. 1 y 10; á pesar de haber sostenido lo contrario Pedro de Bellapertica y otros Ultramontanos: y véase sobre el particular lo que ssñaladamente espresa Bald. en la l. 23 al fin, C. *de fideicom.*, y en la l. 1. §. 7. D. *de offic. præf. urb.*, donde dice, quedar escusada la madre del pupilo, aunque no ponga en el inventario de este las joyas legadas á la misma por el testador en virtud de una disposicion menos solemne; y acerca de si lo que se paga á tenor de esta, se considera debido por testamento, v. Juan Andr., citando la disputa de Oldrald. y Jacob. Butric., en las adic. al Specult. tít. *de rer. permut.* en la rúbr. col. últ. vers. *est etiam sciendum*, quienes concluyen por la afirmativa. Nótese tambien que el que sucede *ab intestato*, á causa de no subsistir el testamento por falta de solemnidad, no queda ni aun naturalmente obligado á los herederos instituidos en él, como lo prueba la l. 4. C. *de jur. et fact. ign.* y allí Bart., Bald. y otros, y lo manifiesta Alex. consil. 70. col. últ. vol. 2., y segun se espresa allí, no competerá el derecho de retencion en fuerza de un testamento no solemne: véase Bald. en la repet. á la l. 1. C. *de Sacros. Eccles.*, col. 16, lo anotado allí por Alex. consil. 219. col. 2. vers. *et subdit Joan. Cald.*, y latamente Pedro de Anch. en el cap. *possesor malæ fidei*, col. 13. 14 y 15 *de reg. jur.* lib. 6. — * Véase la adicion á la glos. 124.

(132) Añád. l. 10. C. *de jur. et fact. ign.*, y la Glos. y los DD. en el cap. últ. *de solut.*

(133) Añád. la l. 9. C. *de legib.*, l. 9 princ. D. *de jur. et fact. ign.* y l. 20. tít. 1. Part. 1.

(134) Añád. l. 9. D. *de jur. et fact. ign.*, y l. 21. tít. 1. Part. 1.

(135) Entiéndase por ignorancia; pues si verificase el pago á sabiendas, no podria repetirlo por medio de la condiccion *indebiti*, segun lo anotado por la Glos. en la l. 7. vers. *sin autem* D. *de condict. ob caus.*, á no ser que dejase de cumplirse la condicion, segun manifiestan Jas. en la l. 16. D. *de condict. indeb.*, y Ang. en la l. 38. §. 16 al fin, D. *de verb. oblig.*, fundado en la l. 16. D. *de solut.* — * Véase la adicion á la glos. 124.

(136) Véase lo que dije en la l. 12. tít. 11 de esta Part.

(137) ¿Qué dirémos si se debe para dia determinado? V. l. 10. D. *de condict. indeb.*; empero si este es incierto, tendrá lugar lo mismo que respecto de la condicion, á no ser que por preci-

ne, maguer diga que quier prouar que non fue fecho (138) como deuia: e esto es, por la fuerça que ha el juyzio. Ca, maguer acaesciesse, que el Judgador diesse la sentencia contra verdad, por culpa de los Razonadores (139), que non pusiessen sus razones como deuian, o por necedad (140) del Judgador, pues que dada es, guardada deue ser, si non se alça della. Fueras ende, si pudiere prouar aquel contra quien fue dada la sentencia, que la (m) dio por falsas alegaciones (141), o testigos, o cartas. Ca estonce, prouandolo, bien puede cobrar lo que ouiesse pagado en razon de tal sentencia. Otrosi dezimos, que demandando vn ome a otro en juyzio, cosa quel deuiesse dar, o fazer; si el judgador le diesse por quito de aquella demanda, e despues desso de su voluntad este por quien era dado este juyzio pagasse, o fiziesse aquello que le demandauan, non podría despues (142) demandar que gelo tornassen: ca, maguer que los Judgadores quitan a las vegadas de las demandas a algunos, a quien non deuian quitar, e despues que las quitan, segun sotileza de derecho, non los puede apremiar que paguen; con todo esso naturalmente (143) fincan obligados a aquellos por quien es dada la sentencia: e porende, pagando, o faziendo lo que les demandan, non lo pueden despues demandar. Pero si estos a quien fazen demandas tortizeras, aborresciendo de yr ante los Judgadores, fazen pleyto de les dar alguna cosa, porque los quiten de las demandas; dezimos que como quier que segun derecho se podrian dellos amparar, pues de su voluntad prometen, e se obligan, a darles alguna cosa, tenudos son de lo cumplir. E pagando aquello que prometieron, non lo podrian demandar despues. Fueras ende, si pudies-

(m) dieron por Acad,

sion debiese existir, como el dia de la muerte, segun esta ley, y la l. 17. D. *de condict. indeb.*, y v. Bald. en la l. 12. C. *de usufr.*

(138) Con todo si no impugnase la sentencia, y si solo intentase probar que la causa que la motivó ha desaparecido (*devenit ad non causam*) con razon será admitido en este caso, á tenor de la l. 2. D. *de condict. sine caus.*, l. 17. §. últ., y l. 21. D. *commod.*, Bart. y los DD. en la l. 1. C. *de condict. indeb.*, de la cual nuestra ley se ha tomado, y el mismo Bart. en la l. 22. princ. D. *rem rat. hab.*

(139) De lo que parece inferirse que, cuando no pueda imputarse culpa, es decir que si no fué posible justificar la escepcion en aquel juicio, habrá lugar á la repeticion, segun lo anotado por Bart. en la l. 1. §. 2. al fin D. *quod vi, aut clam*, y en la l. 22. princ. D. *rem rat. hab.*: por lo que si la parte que no apela de la sentencia, no pudo producir las pruebas necesarias por hallarse los testigos que tenia que ministrar en cautiverio, ó peregrinacion, ó bien poseidos del furor, y dicha parte pidió al principio que se difiriese la decision del pleito, sin haber podido conseguirlo; entónces, previo conocimiento de causa, y sobreviniendo abundancia de pruebas, podrá rescindirse la sentencia por medio del beneficio de restitucion: así lo pretendia Innoc. en el cap. *ultra tertium*, *de test.* y lo sostiene Abb., siguiendo á él, en el cap. *suborta*, col. últ. al fin *de re jud.* — * El argumento *á sensu contrario* que hace aquí Greg. Lopez dista mucho de ser concluyente, porque la ley pudo hablar por via de ejemplo, y viene en apoyo de esto el que coloca en la misma línea la sentencia dada por necedad del juez, en cuyo caso no hay culpa de parte del vencido.

(140) ¿Qué dirémos si el actor demandó a sabiendas y con dolo, lo que no se le debia, ó ya se le habia pagado? Véase el testo notable de la l. 29. §. 5. D. *mand.*, y Aug. en la l. 1. C. *de condict. indeb.*, y el final de esta ley.

(141) Añád. l. 75. vers. *Marcellus* D. *de jud.*, l. 33. D. *de re jud.*, y l. 1. y 2. tít. 26. Part. 3., donde puede verse lo que dije: y lo mismo pretende Abb. en el cap. *suborta*, col. últ., *de re judic.*, si atendida la notoriedad del hecho, constase haber sido injusta la sentencia, aunque proviniese esta notoriedad de un hecho posterior: véase allí al mismo: ¿competerá algun remedio á aquel que despues de la sentencia halla el instrumento en que consta haberse verificado el pago? V. Bald. en la l. 1. C. *de condict. indeb.*, Abb. en d. cap. *suborta*, col pen., y añádase á lo que dice esta ley respecto de las falsas alegaciones, la l. 29 §. 5. D. *mand.*

(142) Añád. ll. 28. y 60. D. *de condict. indeb.*; esceptúese el caso en que la sentencia se hubiese proferido entre personas, que están prohibidas de hacerse donacion, por ej. entre marido y muger, segun el caso notable de la l. 5. §. 7. D. *de donat. int. vir. et ux.*, cuyo testo dijo ser singular Alex. consil. 82. vol. 3.

(143) Añád. l. 6. D. *de condict. indeb.*, y l. 16 al fin. tít. 11. Part. 3. — * Aquí la ley parte del supuesto que existia la deuda: pero ahora preguntamos ¿de donde podrá resultar la verdad de la deuda, cuando hay un fallo que ha declarado no existir? Será preciso otro fallo, se dirá; pero con que derecho se atribuirá mas fuerza al segundo que al primero? Tal vez la ley se refirió al único caso de producirse nuevas y relevantes pruebas.

se alguno prouar, que aquel que le mouio el pleyto, lo fizo maliciosamente (144), sabiendo que le non deuia nada. Ca prouando esto, bien podria demandar (145), e cobrar, lo que ouiesse pagado por esta razon.

LEY 34. *Como lo que ome quita a su contendor, por enojo de non seguir pleyto, non lo puede despues demandar.*

Verdaderos pleytos mueuen los omes a las vegadas vnos contra otros, e aquellos a quien fazen las demandas, amparanse escatimosamente dellos, de manera que por el enojo que reciben del alongamiento del pleyto, e por miedo que han los demandadores de perder sus demandas, auienense con los demandados, e quitanles alguna partida del debdo que les demandauan, o facen otras posturas de nueuo, que non son a su pro. E porende dezimos, que la auenencia, e el pleyto que assi fuesse fecho, que deue ser guardado (146), tambien por la vna parte, como por la otra: e quanto quier (147) que montasse aquella parte, que quitasse el demandador, non la podria despues demandar: e maguer se quisiesse defender, diziendo, que se mouiere a fazer el pleyto, o el quitamiento, por las escatimas que le parana delante el demandado, non deue valer. Fueras ende, si el demandador pudiera prouar, que el demandado le fizo engaño, en fazerle perder las cartas (148), o embargarle los testigos con que pudiera prouar su demanda; e que por esta razon fizo el quitamiento de la debda, o de alguna partida della: ca si lo prouasse, estonce bien podria demandar, e cobrar, aquella parte que ouiesse assi quita.

(144) Concuerda con la l. 65. princ. D. *de condict. indeb.*

(145) Así pues el dolo ó calumnia del actor litigante, viciará la transaccion *ipso jure*, segun esta ley y la l. 65. D. *de condict. indeb.* Jas.; limita esta conclusion de cinco modos en la l. 1. C. *de transact*: véase allí al mismo.

(146) Así pues, aunque el reo litigue escepcionando dolosamente, se sostendrá la transaccion, por mas que no se observe lo mismo respecto del actor, segun la l. anter.: y de consiguiente se aprueba en esta ley la opinion de Azon en la Suma C. *de condict. indeb.*, col. 3. vers. *item et transactio*, y de la Glos. en la l. 19. C. *de transact.* y allí Bart. y los DD., reprobándose la de Rogel., Jacob. Butric. y Ang. en la l. 65. D. *de condict. indeb.*

(147) Con esta palabra da á entender esta ley que no se rescinde la transaccion por el remedio de la l. 2. C. *de rescind. vend.*, y de la l. 56. tít. 5. Part. 5., ya se considere, ó no, la estimacion segun el dudoso evento del pleito: y de consiguiente se aprueba aquí la opinion de la Glos. y Bald. en d. l. 2. y en la l. 78. §. últ. D. *ad trebell.*, y así lo sostuvieron la mayor parte de los DD., segun latamente lo refieren Alex. y Jas. en la l. 36. D. *de verb. oblig.*, y Decio consil. 203. *ut vera resolutio*, col. 2., donde cita tambien la contraria opinion de Bart. en d. l. 36. y á muchos que la siguen, y espresa allí Decio ser dicha opinion de Bart. la mas comun, bien que el mismo en el consil. 216, que empieza *visa transactione*, concluye ser disputable este artículo. Téngase pues presente esta ley de Part., que decide esta cuestion: aun mas, segun se desprende de la misma, no se rescindirá la transaccion aunque la lesion sea enormísima, pues dice, sea cual fuere la parte, y de consiguiente, nada esceptua, cap. *solitæ* 6. al fin *de major. et obed.* y lo que manifiesta Jas. en la l. 45. princ. D. *de verb. oblig.*; habiendo aconsejado lo contrario Pe. Phil. Corneus consil. 66. vol., 1. á quien sigue Decio en d. consil. 203 y 216. Sin embargo procederá quizás lo que dicen los cit. DD., respecto de las mugeres ó rústicos á quienes la transaccion haya causado una lesion enormísima, á causa de su sencillez, y del dolo que se comete con ellos al inducírseles á semejante transaccion,; ó bien si el que transige es menor; y hace al caso lo anotado por Bald. en la l. 2. col. 5. vers. 4. *quæro* C. *de rescind. vend.*, l. 25. D. *de probat.* y l. 6. tít. 14. Part. 3. Adviértase tambien que nuestra ley habla de la transaccion que se verifica despues de principiado el pleito, en cuyo caso el que transige, conocia cual era su derecho, pero convino en ello, temiendo las cavilaciones del adversario: por lo que, si aun no se hubiese instaurado el litigio, y el que transige ignorase su derecho, tendria lugar tal vez dicha opinion comun, á lo menos respecto de la lesion enormísima.

(148) Véase la glos. segunda á la l. 19. C. *de transact.*, la que tambien dice proceder esto aunque el demandado se limite á ocultar los instrumentos: pues parece que induce dolosamente á la transaccion aquel que sustrae las pruebas al contrario, ya sean testigos, ya instrumentos, segun Bald. y los DD. allí: viene en confirmacion de lo dicho, el que si los testigos que se esconden para no ser examinados, con cuyo motivo pierde el pleito, quedan obligados á pagar los perjuicios, segun lo anotado por Bald., Ang. y Paul. de Castr. en la l. 10. §. 1. D. *de edend.*; con mayor razon estará sujeta á la restitucion la parte que los oculta, percibiendo así la utilidad y provecho. Y el que calla á propósito pa

LEY 35. *Como lo que ome da en casamiento, o en obra de piedad, non lo puede despues demandar.*

Por parentesco, o por otro debdo, que alguno cuydasse auer, algun ome a alguna muger, si diesse de lo suyo en dote, o en arras por ella, maguer sopiesse en verdad, despues que la ouiesse casada, que non auia razon de lo fazer, assi como cuidaua; con todo esso, non podria demandar, nin cobrar, aquello que ouiesse dado por tal razon. E esto es, porque este donadio (149) es obra de piedad, e porende non lo puede despues demandar. Otrosi dezimos, que las despensas que ome fiziesse en criança de alguno, que criasse en su casa por Dios, que non las puede despues demandar (150). Fueras ende si la criança fuesse fecha en muger, e quisiesse despues casar con ella, o alguno de sus fijos; e su padre de la criada, o ella misma lo contradixesse. Ca estonce, qualquier destos, que embargassen el casamiento, que se non fiziesse, seria tenudo (151) de pecharle las despensas, que ouiesse fecho en su criança. E lo que diximos en esta ley, ha logar, non tan solamente en (n) las cosas sobredichas; mas en todas las otras semejantes (152) della.

(n) los casos sobredichos, Acad.

LEY 36. *Como si el que cuyda ser heredero de otro pagasse algunas debdas, las deue cobrar de los bienes del finado.*

Entrando (153) algun ome heredad de otro, que fuesse finado, cuydando a buena fe, que le auia establescido por heredero, o que auia de otra guisa derecho de heredarlo; e seyendo tenedor della, pagasse algunas debdas, de las que deuia el señor de la heredad, en nome del finado (154), e non en el suyo; si acaesciese, que el ouiesse a tornar la heredad, viniendo otro heredero que la demandasse, que fallassen en verdad, que auia mayor derecho de heredarlo, que el; deuese entregar (155) de la heredad, ante que la desampare, de los debdos que mostrare que pago de lo suyo verdaderamente en nome del finado: e non a demanda ninguna contra aquellos a quien los pago. E si acaesciere, que la aya a desamparar ante que gelos paguen, puedelos demandar, e cobrar del otro (156), que hereda el heredamiento. Mas si por auentura non pagasse las debdas en nome del finado, mas del suyo, cuydando (157) que el deue la debda, estonce puedelas demandar si quisiere, a aquellos a quien las pago. E si dellos non la pudiesse cobrar, deuegelas pagar aquel a quien passo el heredamien-

ra engañar á otro, pierde su derecho, auth. *ad hoc* C. *de latin. libert. toll.* y allí Bald., y véase lo que dice Ambros. en el lib. 3. *officiorum*, cap. 10. la Glos. en la l. 14. D. *de liber caus.*, y la l. 1 D. *de dol.* y allí la Glos.: en una palabra hay dolo en la transaccion, y no queda purgado por medio de la misma, Bald. en la l. 29. al fin D. *de transact.*

(149) Añád. l. 32. §. pen. y allí Bart. D. *de condict. indeb.*, Bald. Novel. en el trat. *de dote*, fól. 20. col. 4. y l. 16. tít. 11. Part. 3.; donde puede verse lo que allí dije.

(150) Añád. el §. últ. Instit. *de oblig. quæ ex quas. contract. nasc.*, y l. 1. C. *de negot. gest.*

(151) Añád. l. 16. C. *de nupt.*, y l. últ. tít. 20. Part. 4. Y adviértase que dicha l. 16. habla del caso en que el padre hubiese espuesto á su hija; empero esta ley de Part. no hace mencion de ello, y si solo de aquel que hubiese alimentado á semejante muger por motivo de piedad: nótese además, que segun las palabras de esta ley, *O alguno de sus fijos*, refiriéndose á d. l. 16., procederá tambien, si el que facilitó los alimentos quiere casarse con ella; y la misma, ó su padre se oponen; con tal que no haya mucha diferencia en las edades.

(152) A saber, cuando mediase causa de piedad, segun d. §. últ..

(153) Trae su orígen de la l. 19. §. 1. D. *de condict. indeb.* y de la Glos. allí, de la l. 5. C. d. tít.; y de lo anotado por Azon en la suma C. del mismo tít. col. 4. vers. *item impedit hanc actionem.*

(154) Esto se presume en caso de duda, segun Bart. en d. l. 19. §. 1, y lo mismo sostienen allí Alber., Ang. y otros: bien que Jas. sostiene allí mismo lo contrario, esto es, que en caso de duda se entiende que paga en nombre propio, y así podrá repetirlo: empero la opinion comun es la mejor, y la prueba está en lo que dice Azon lug. cit., á saber, porque se creia obligado; y lo mismo se deduce de esta ley, cuando dice, *cuidando quel deue la debda*: ó decídase segun diré mas abajo en la glos. sobre dicha palabra.

(155) Añád. l. 5. C. *de petit. hæred.*

(156) Por medio de la accion *negotiorum gestorum*, l. 45. D. *de negot. gest.*, y Salic. en d. l. 19. §. 1. D. *de condict. indeb.*

(157) Dice esto á causa de la anotado por la Glos. en la l. 31. princ. en la palabra *suo nomine* D. *de petit. hæred.*, pues si pagó antes de promoverse disputa acerca de la herencia, creyéndose heredero, se presume que lo verificó en nombre propio, por considerarse obligado; empero si ya habia tenido lugar aquella, se entenderá

to. Ca guisado es, e derecho, que aquel haya la carga de pagar las debdas, que ha el bien, e el proucecho de la herencia.

LEY 37. *Si alguno pagasse a otro debda que non deuiesse, la puede cobrar con sus frutos.*

Si la cosa que pagasse alguno, como non deuia, fuesse de tal natura, que diesse fruto de si, deuel ser tornada, con los frutos (158) que lleuo della aquel a quien la pago. Otrosi dezimos, que si aquel a quien fizieron la paga, vendiesse aquella cosa, o la perdiesse, si quando gela pagaron, e aun despues, ouo buena fe en recebirla, cuydando que la deuia auer; si la vendio, deue tornar el precio que recibio della, al que gela pago; mas si la perdiesse por muerte, o por ocasion, non seria tenudo (159) de la pechar. E si quando la recibio en paga, o despues, ouo mala fe (160) en recebirla, seyendo sabidor que la non deuia auer; estonce, quier la perdiesse, o la vendiesse, tenudo es de pechar por ella, el derecho precio que pudiera valer, a bien vista del Judgador.

LEY 38. *Si aquel que rescibio sieruo en paga, (o) lo deue aforrar, o non.*

En paga dando algund ome sieruo a otro, que non fuesse tenudo de le dar, si aquel que asi rescibiesse, lo aforrasse despues, valdria el aforramiento. Pero si quando lo rescibio, o despues, fasta la sazon que lo aforro, ouo mala fe en recebirlo, sabiendo que lo non deuia auer, tenudo es de pechar la estimacion del sieruo a su señor. E si ouiesse buena fe quando gelo dieren en paga, cuydando que lo deuia auer; estonce non seria tenudo de pechar la estimacion, pues que lo aforro con entencion que era suyo. Empero, todo aquel derecho que el ha en el aforrado por razon del aforramiento, deuelo otorgar al otro que gelo dio en paga.

(o) que non debie et lo aforró, cómo vale el aforramiento ó non. Acad.

LEY 39. *Si aquel que deue de dos cosas la vna, las pagare ambas a dos, qual dellas puede cobrar, o no.*

Departidamente prometiendo vn ome a otro, de darle de dos cosas la vna, diziendo en esta manera: Prometo de vos dar vn cauallo, o vn mulo; o señalando otras cosas qualesquier en esta manera; si acaesciesse despues desso, que pagasse por yerro aquellas cosas que nombrasse, cuydando que amas las deuia, bien puede demandar que le torne la vna dellas (161), qual mas quisiere, si amas fueren biuas. E si por auentura alguna dellas fuesse muerta, non le podria demandar que diesse la otra que finco biua (162).

LEY 40. *Como aquel que faze algunas obra a otro, cuydando de ser tenudo de las fazer, e non lo fuesse, puede demandar el precio dellas.*

Cuydan a las vegadas algunos omes, ser tenudos de fazer algunas obras, e non lo son. E porende dezimos, que si algun menestral fiziesse alguna obra a otro, cuydando que gela deue fazer, assi como casa, o naue, o otra cosa semejante que fuesse de este menester, o de otro qualquier, e despuesq ue la ouiesse fecho, fallare en verdad que non era tenudo de la fazer, deuele dar por ella, a aquel que la fizo, tanto precio, quanto le pudiera costar (163) el fazer de aquella cosa, si otro menestral tan bueno como aquel, gela ouiesse fecho.

haber pagado en nombre hereditario: y así tambien lo declaran Paul. de Castr. en d. l. 19. §. 1. D. *de condict. indeb.*, y Decio consil. 348- col. 1. y 2.— * Las palabras *cuydando que el deue la debda*, no pueden aplicarse al que pagó creyendo que era heredero, pues que de el trata la ley en la primera parte, y le niega el derecho de recobrar como indebido lo que hubiese pagado: deberémos pues entender dichas palabras, del que pagó creyendo ser deudor independientemente de la calidad de heredero.

(158) Entiéndase, aunque estén consumidos, con tal que con ellos se haya hecho mas rico; pues, aunque por otra parte el poseedor de buena fe haga suyos los frutos por razon del cultivo y cuidado, segun el §. 35. Instit. *de rer. divis.* la l. 4. §. 2. D. *fin. regund*, y la l. 39. tít. 28. Part. 3.; con todo en este caso quedará obligado, como he dicho, aunque estén consumidos, si se ha hecho mas rico: así lo declara Ang. en las ll. 3 y 15. princ. D. *de condict. indeb.*

(159) V. Glos. en la l. 7. D. *de condict. indeb.*

(160) Añád. l. 65. §. 8. D. *de condict. indeb.*

(161) Añád. l. pen. C. *de condict. indeb.*

(162) Añád l. 19. D. *de legat.* 2, y l. 32. princ. D. *de cond. indeb.*

(163) Así pues, no se atenderá, cual en la l. 26. §. 12. D. *de condict. indeb.* y allí la Glos., al pre-

LEY 41. *Como, si vn ome quitasse a otro el pleyto que le ouiesse fecho, por otra cosa que le ouiesse de dar, o de fazer, e si non gela diesse, o compliesse, qual dellas puede demandar.*

Quitando vn ome a otro el pleyto que auiesse puesto con el, por razon de alguna cosa que le ouiesse de dar, o de fazer, en tal manera, que por el quitamiento se obligasse el otro de nueuo, a darle, o a fazerle alguna cosa; si este a quien quito el primer pleyto, non le cumple aquello que prometio en el segundo, en su escogencia (164) es del otro, de fazerle complir lo que prometio a postremas, o de demandar quel cumpla el primer pleyto, en la manera que era tenudo de lo complir ante que gelo quitasse. E non se puede escusar el otro, que lo non cumpla assi, por dezir que del primer pleyto (165) ya fuera quito: pues que el que fizo contra aquello (166) que deuiera dar, o fazer por el segundo pleyto, por razon del quitamiento.

LEY 42. *Quales mandas, despues que fuessen pagadas, se pueden reuocar.*

Por testamentario (167) seyendo establecido alguno en testamento de otri, para pagar las mandas que fuessen escritas en el; si las pagasse, aquellas que fallasse y escritas, e acaesciesse despues, que el testamento fuesse reuocado por alguna razon derecha, assi como si fuessef also (168); o porque aquel que lo fizo, non pudiera con derecho fazer testamento, nin mandas; o que era quebrantado por otro testamento, que fizo despues; dezimos, que aquel que ouiesse derecho de heredar los bienes del fazedor del testamento, bien puede demandar las mandas, a aquellos a quien fueran pagadas, e son tenudos de gelas tornar.

LEY 43. *Como el que recibio alguna cosa por fazer otra, la deue tornar, si non faze lo que prometio.*

Dan a las vegadas los omes vnos a otros algunas cosas por razon de pagas, sobre tal pleyto, que les fagan, por aquello que reciben dellos, alguna cosa. E esto seria como si vn ome diesse a otro marauedis, o otra cosa qualquier, porque le aforrasse algund sieruo suyo, que ouiesse en su poder. E porende dezimos, que pues que la paga ha recebida sobre tal pleyto, que es tenudo (169) en todas guisas de fazer lo que prometio, o de tornar (170) al otro lo que del recibio,

cio que el artífice hubiera podido conseguir.

(164) Añád. l. 4. y allí la Glos. y Bart., y l. 10. D. *de condict. indeb.*, y l. 9. D. *de præscr. verb.* — * Tenemos en el caso de la ley un contrato de los innominados: en ellos la parte que aun no habia cumplido no tenia accion para pedir, ni derecho de retener, porque respecto de ella no existia mas que un pacto nudo; faltaba respecto de ella la *datio vel factum certa lege*, esto es la causa civil de obligar. Empero la ley del Ordenamiento ha dado á los pactos igual fuerza que á los contratos, de consiguiente, así como el vendedor que esperimenta retardo ó resistencia en el pago del precio debe limitarse á pedirlo, y no puede elegir entre la esaccion del mismo y la recision del contrato; parece que tampoco tendrá lugar la eleccion en el caso de que se trata en esta ley.

(165) Esceptúese si la accion estinguida fuese de tal naturaleza, que no pudiese suscitarse por pacto ó consentimiento de las partes, como la *querela inofficiosi*, ó la accion de injurias, segun Bart. en d. l. 4. donde puede verse.

(166) Añád. l. pen. tít. 11. Part. 3. y lo que allí dije, y lo anotado por Bald. en la l. 7. col. 2. y en las ll. 26 y 27. col. 10 y 11. C. *de pact.*, ll. 15 y 36. C. *de transact.* y allí Bald., l. 6. C. *commun. utriusq jud.*, y l. 27. princ. D. *de inoffic. test.*, véase tambien lo que espone el propio Bald. en la rubr. C. *de contrah. empt.* col. 5. vers. 20. *quæro.* Añád. Decio consil. 265. col. pen., y consil. 380. y Alex. consil. 32. col. últ. vol. 2.

(167) Esta ley se halla mal colocada: debia preceder á la anterior.

(168) Añád. l. 2. §. 1. D. *de condict. indeb.* junto con las tres siguientes.

(169) Añád. l. 5. §. 2. D. *de præscr. verb.*, l. 3. §. 1. D. *de condict. ab caus.*, y l. 9. C. del mismo tít.

(170) Luego podrá repetirse lo que se hubiese dado, y entablarse la accion para conseguir el *id quod interest*, por la falta de cumplimiento, segun se ve en esta ley, y lo prueba tambien la l. 7. D. *de præscr. verb.* [esta ley dice lo contrario] si bien obsta la l. 5. §. 2. d. tít. en la alternativa que pone: *condici ei potest, vel præscriptis verbis agi*: y sostuvo allí Paul. de Castr. que deberá contentarse con obtener una de las dos cosas, Bart. en d. l. 5. §. últ. D. *de præscr. verb.* Con todo la l. últ. del tít. 6. de esta Part., dispone espresamente lo mismo que anotó Paul. de Castr. en d. §. 2., cuando dice, *En su escogencia es del otro de demandarle la cosa que le dio por esta razon, o quel peche los daños, e los menoscabos que porende rescibio.* Puede decirse que, cuando no media ótro interés que el de recobrar lo

e los daños, e los menoscabos quel vinieron, porque le non cumplio aquello que prometio. E lo que diximos en este caso, ha logar en todos los otros, en que los omes reciben alguna cosa en paga, por otra que prometen de fazer.

LEY 44. *Como los que reciben dineros por yr en mensagerias, si non fueren, los deuen tornar.*

Embian á las vegadas los señores, o los otros omes, algunos (171) en su mandaderia, e danles dineros ciertos para despensas; e acaesce, que despues que son aparejados para yr, e que han recebido los dineros para las despensas, embargasse la yda; o por se arrepentir (172) aquellos que los enbian; o por adolescer los que deuen yr; o por gelo embargar fuerte tiempo que fiziesze, assi como auenidas de rios, o de otros embargos semejantes. E porende dezimos, que si se embarga la yda por alguna destas cosas sobredichas, e los dineros que auia recebidos el mensagero non son despedidos, que los deue tornar al que le embiaua. E si por auentura fuessen todos despedidos, en aparejamiento de las cosas que eran menester para la yda, non deue tornar ninguna cosa (173). E si non fuessen todos despendidos, deuele tornar aquellos quel fincassen. Mas si se arrepentiesse aquel que deuiesse yr en la mandaderia, despues que ouiesse recebido los dineros para despensa, deuelos tornar (174) todos, quier los aya despendidos, quier non.

LEY 45. *Como el que aforra algund sieruo por algo quel prometio, le deue ser pagado.*

Si alguno, que ouiesse sieruo, lo aforrasse por marauedis, o por otra cosa cierta que otro le prometiesse de dar, valdria el aforramiento; e si despues desso el otro non quisiesse cumplir el pleyto que ouiesse puesto con el, deuenlo apremiar, de manera que pague la estimácion del sieruo (175), e los daños, e los menoscabos, que el otro recebio, porque non le dio aquello que le auia de dar. E tambien sobre la estimacion del sieruo, como sobre los daños, e los menoscabos, deue ser creydo por su jura el que aforro el sieruo, estimandolo primeramente el Judgador del logar. E lo que diximos en esta ley en razon del sieruo, ha logar en todos los otros pleytos que los omes fazen entre si, en que ha el vno a fazer alguna cosa, e el otro a dar, o a pagar otra.

que se dió, compete en este caso, para conseguirlo la *condictio ob causam*: si empero se pretende además el *id quod interest*, tendrá lugar la misma respecto de ambas cosas, segun esta ley y d. l. 7. O bien podrá decirse que el actor tiene facultad de elegir acerca de entrambas, segun d. l. 6, y lo propio espresó Paul. de Castr. lug. cit.; y que si eligiese la reclamacion del *id quod interest*, con ello vendrá comprendida la restitucion de lo que dió por dicha causa; y así procederá lo que se espone en esta ley. Parece con todo no poder sostenerse esta solucion, pues la accion *præscriptis verbis* que se da en los contratos innominados respecto del *id quod interest* por la falta de cumplimiento, no tiene lugar para repetirse lo que se habia dado, con el fin de que se hiciese algo, segun d. l. 5. princ. vers. *in qua actione*, y lo anotado allí por Paul. de Castr. Pudiera tambien decirse que las palabras de esta ley se dirigen al reo, espresándose que queda obligado á restituir lo que se le dió y al *id quod interest*, á saber, á la de estas dos cosas que eligiere el actor: hacen referencia á este las palabras de la cit. l. últ. tít. 6.: y de consiguiente dd. ll. no son contrarias entre sí. — * Véase la adicion á la glosa 164.

(171) Entiéndase, que no acostumbran prestar sus servicios por cierto precio; pues de lo contrario, no seria un contrato innominado, sino el nominado de locacion, y no tendria lugar el arrepentimiento, aun estando la cosa del todo íntegra, segun la l. 38. princ. §. 1. D. *locat.*, y lo sostiene la Glos. en la l. 5. princ. D. *de condict. ob caus.*

(172) Tiene pues lugar el arrepentimiento en los contratos innominados, segun esta ley, y la l. 5. princ. D. *de condict. ob caus.*, véanse allí la Glos., los DD. y Jas. quién pone 13 limitaciones, Bald. en la l. 3. col. 5. C. *de rer. permut.*, y lo anotado por el mismo en la l. 15. col. 3. C. *mandat.*, donde se trata del caso en que la causa fuere piadosa. —*Véase la adicion á la glos. 164.

(173) Entiéndase respecto del dinero que se habia dado; pues si existen las cosas compradas con este, puede pedirlas el que entregó el dinero, segun lo anotado por la Glos. en d. l. 15. princ. en la palabra *fecisti*, y allí Bart. hácia el fin, y Paul. de Castr. col. 3.

(174) Entiéndase en el supuesto que el actor prefiriese repetir lo que dió, por medio de la *condictio ob causam;* pues puede tambien intentar la accion *præscriptis verbis* á fin de conseguir el *id quod interest* por la falta de cumplimiento, segun la l. 5. D. *de præscr. verb.* en su totalidad, y lo que dije en la l. anter.

(175) Añád. la l. últ. tít. 6. de esta Part., l. 5. §§. 3 y últ. D. *de præscr. verb.* y l. 4. C. *de dolo*: esta ley de Part. y d. l. últ. espresan con mas claridad que las leyes del derecho comun, que si no puede tener lugar la *condictio ob causam*,

LEY 46. *Como aquel que paga, o da algo a otri, por alguna cosa que le faga, lo puede demandar, o non, si non fiziesse lo que prometio.*

Dando vn ome a otro marauedis, o dineros, o otra cosa, diziendo señalamente, que gelos daua por alguna cosa que le fiziesse; como si gelos diesse, porque fuesse su Abogado (176), o que fuesse con el a algund logar, o por otra cosa semejante destas; si quando gelos dio, dixo señaladamente (177) la razon porque gelos daua, e el otro non cumpliesse, o non fiziesse aquello porque los recibio, bien le podria demandar (178) lo quel ouiesse dado, e seria tenudo el otro de gelo tornar. Mas si quando gelo diesse, lo fiziesse con entencion (179), porque le fiziesse alguna cosa; cuydando en su voluntad, que por aquello que le daua, que yria con el en algund camino, o que le faria otra cosa alguna, o que seria mas su amigo (180), non diziendo señaladamente la razon por que gelos daua; maguer el otro non le fiziesse aquello que el cuydo en su coraçon que le faria, non le puede demandar lo que le dio, ni es tenudo el otro de gelo tornar. Ca, pues non señalo, nin dixo razon ninguna, por que gela daua, entiendese, que lo fizo con entencion de dargelo francamente. E porende non le puede demandar despues; maguer diga, que por esto se mouio a darle, o a prometerle aquella cosa, porque cuydaua que le faria algund seruicio, o que le daria otra cosa porende.

LEY 47. *Como aquel que recibe en paga cosa torpemente, la deue tornar.*

Pagas, e pleytos fazen los omes a las vegadas vnos con otros, sobre razones, o cosas que son torpes, e desaguisadas, e contra derecho: e porque esta torpedad auiene a las vegadas, de parte de aquel que da la cosa solamente; e a las vegadas, de aquel que la recibe; e a las vegadas tambien del vno como del otro (181); queremos mostrar, que departimiento ha entre ellos. E dezimos, que

por no ser repetible el hecho, competerá la accion de dolo, para reclamar juntamente con el valor del esclavo los perjuicios ocasionados por la falta de cumplimiento: téngase presente, y v. Bart. en la l. últ. §. últ. D. *de præscr. verb.*

(176) Y si un obispo ú otro señor diere una prebenda ó un feudo á un escolar al volver de sus estudios, á quien creia instruido, no siéndolo, y este no supo despues defender la causa de su prelado ó señor ¿habrá lugar á la revocacion? Esta cuestion la propone Juan Andr. en las adic. al Specul. tít. *de præbend.* en la rúbrica, y concluye por la negativa, fundado en que la causa impulsiva estaba tan solo concebida *in mente*, y no se espresó al conferirse la prebenda ó feudo, y tambien porque debió examinarse esto desde el principio: sin embargo, á la iglesia le competerá el beneficio de la restitucion: véase latamente acerca de dicha cuestion á Bart. y Alex. en la l. 3. D. *si cert. pet.*, y Nicol. de Neapol. en la l. 32. D. *de excus. tut.*

(177) Esto es, con palabras espresas; lo mismo si esto resulta de las palabras que precedieron, ó de otras conjeturas, segun Bart. y Alex. en d. l. 3. D. *si cert. pet.*

(178) Añád. l. 1. D. *de condict. ob caus.*, y l. 8. C. d. tít.

(179) La que si no se espresa, no produce ningun efecto, segun esta ley, la l. 7. C. *de condict. ob caus.*, y l. 3. §. 6. al fin. D. d. tít.; de lo que infiere Bald. en la l. 4. C. *solut. matr.*, que no se presume adir la herencia en nombre de los hijos, el padre que despues de muerta su muger retiene la dote; cita tambien la l. 15. D. *de bonor. poss. contr. tab.*; añade, *nihil agere est non ens, et ideo non includit aditionem hæreditatis.* Y notese que lo que se entiende hacerse por contemplacion de alguna persona, se considera como si esta se nombrase espresamente, Bald. fundado en el testo del §. últ. *si de feud. fuer. controv. int. dom. et agn.*, y hacen al caso la l. 69. §. 2. D. *de legat.* 1., l. 11. §. 22. D. *de legat.* 3., lo anotado por Bald. en la l. 2. §. últ. D. *ad Tertul.*, y en la l. 2. §. 8. D. *de collat. bon.* Lo que se dice en esta ley, esto es, que cuando la intencion no se trasluce por los actos esteriores, no produce efecto alguno, debe limitarse en cuanto á la utilidad de aquél que no manifestó dicha intencion; mas no respecto del daño, segun lo nota Bart. en la l. 18., 2. oppon. D. *si cert. pet.*

(180) Concuerda con d. l. 3. §. 6. D. *de condict. ob caus.*, así pues lo que se ha dado para fomentar la amistad, no puede revocarse, aunque cese la causa: V. Jas. en d. §. 6.

(181) ¿Qué dirémos si interviene torpeza tan solo por parte del que promete? V. Paul. de Castr. en la l. 8. D. *de condict. ab turp. caus.*, l. 4. D. d. tít., l. 5. C. *de donat. ant. nupt.*, y Bald. y los DD. en la l. 1. C. *de condict. ob turp. caus.* ¿Y si media aquella tan solo por parte del que entrega? V. l. 50. de este tít. de Part., y acerca lo que deberá decirse, cuando hay torpeza por parte de entrambos, v. ll. 51, 52 y siguien.

(182) En todos estos casos se atiende á una causa futura: ¿qué dirémos pues si se diese por razon de una causa torpe pasada, por ej. por haberse cometido hurto? La Glos. en la rubr.

la torpedad auiene tan solamente de parte de aquel que recibe la paga, o la promission, quando le promete de pagar alguna cosa, porque non furte (82), o non mate ome, o non faga sacrilejo, o adulterio, o otra cosa semejante destas, de aquellas que segund natura, e segund derecho, todo ome es tenudo de guardarse de las fazer (p) que deue tornar en todas guisas, aquello que recibio por aquella razon. E si non gelo ouiessen pagado, deuen quitar la promission que ouiessen fecho para pagargelo. Ca mucho es cosa desaguisada, de recebir ome ningun precio, por non fazer aquello que el por si mismo es tenudo naturalmente, de guardarse de lo fazer. Otrosi dezimos, que auiendo algund ome dado a otro sus cosas en guarda, o en prestamo, o a loguero; si aquel que las recibio assi del, non gelas quisiesse tornar, a menos quel pechasse alguna cosa; si por tal razon le diesse algo luego el otro, o gelo prometiesse, tenudo es de gelo tornar, o de quitarle la promission quel ouiesse fecha porende: porque es grand torpedad, de recebir ome precio, por aquello que segun derecho era tenudo de fazer. Esso mismo dezimos que seria, si alguno furtasse a otro su fijo (185), o su sieruo, o otra cosa qualquier, e non gela quissiese tornar, a menos de pecharle algo. Ca aquello que del recibio sobre tal razon, tenudo seria de gelo tornar, maguer non quisiesse.

LEY 48. *Como el que da algo por salir de catiuo, lo puede despues demandar, o non.*

Catiuado, o preso seyendo algund ome en poder de enemigos, o de ladrones; si acaesciesse, que viniesse otro alguno a el que dixesse, que le diesse alguna cosa, e que le sacaria de aquella prision; el pleyto que assi fiziesse, tenudo seria de lo guardar (184), cumpliendo el otro lo que prometiera. E si le pagasse aquello que le prometio, non gelo puede despues demandar. Fueras ende, si el que recibiesse el precio, fuesse compañero (185) de los otros quel prisieron, e se acertasse en prenderle; o fuesse ayudador, o consejador, que lo prisiesen. Ca estonce bien podria demandar, e cobrar lo que ouiesse dado en tal razon como esta. E lo que diximos en esta ley de la prision, o del catiuamiento del ome, ha logar otrosi en todas las otras cosas, que ome diesse, o prometiesse, por cobrar (186) lo que le fuesse robado, o furtado.

LEY 49. *Que el que promete algo por fuerza, o por engaño, si lo paga, podiendose escusar con derecho, que non lo puede despues demandar.*

Sabidor (187) seyendo algund ome, que aquel pleyto sobre que fiziera a otro promission, era torpe, e que auia derecho por si para defenderse de non cumplirlo; si sobre esto fiziesse despues la paga, dezimos que la non podria demandar; e si la demandasse, non seria el otro tenudo de tornargela. Otrosi dezimos que seria, si alguno prometiesse a dar alguna cosa por engaño quel fiziessen, o por fuerça, o por miedo que ouiesse, que le farian mal. Ca la promission que fiziesse en alguna destas maneras, o en otra semejante dellas, non seria tenudo de la cumplir. Pero si pagasse, o diesse despues de su grado (188), aque-

(p) entonces debe Acad.

del Digest. y Cod. *de condict. ob turp. caus.* pretende que podrá repetirse, y así lo sostiene Bart. en la l. 123. D. *de verb. oblig.*, lo que debe entenderse cuando en el acto de dar se espresa la causa torpe; de lo contrario, se presumiria donacion: v. Jas. en la rubr. D. *de condict. ob turp. caus.*

(183) Añád. l. 123. D. *de verb. oblig.*

(184) Añád. l. 21. D. *de negot. gest.*, ll. 17 y últ. C. *de capt.* y ll. pen. tit. 29 y últ. tit. 30. Part. 2.

(185) Añád. l. 4. §. últ. D. *de condict. ob turp. caus.* junto con las concordancias, y allí la Glos.: así pues no hay obligacion de pagar lo prometido á los ladrones, segun Ang. en d. l. 21. D. *de neg. gest.*, y añád. l. 22. D. *quod med. caus.*

(186) Añád. d. l. 4. §. 4. D. *de condict. ob turp. caus.*, y l. últ. C. d. tit.

(187) Concuerda con la l. pen. D. *de condict. ob turp. caus.*, y entiéndase nuestra ley, del caso en que al tiempo de la paga, ó por medio de la misma, queda purgada la torpeza precedente: v. Bart., Paul. de Castr. y Jas. en d. l. pen.

(188) Añád. l. 28. tit. 11. de esta Part., y l. 2. C. *de his quæ vi metusv. caus.*, y procede esto, porque la paga espontánea que sigue, tiende á la ejecucion del acto anterior, sin que pueda dirijirse á otra cosa: no tendria pues lugar, si no mediase dicha tendencia, por ej., si alguno despues de haber sido despojado del beneficio, renunciase al mismo, como lo declara Abb., siguiendo á Inn. en el cap. 2. *de restit. spol.* col. 4. vers. *contra hunc intellectum*, y v. Bald. en la l. 4. C. *quod met. caus.*, y en particular lo que dice en la l. últ. C. *de condict. ob turp. caus.*, á saber, que las ciudades que invaden los castillos agenos, y no quieren restituirlos á no ser por medio de dinero, no habiendo en este caso torpeza sino por parte del que rescibe, estarán obligadas á la devolucion de lo que se les entregó, sin

llo que auia prometido, non podria, nin puede despues, fazer demanda sobre ello.

LEY 50. *Como non puede demandar la muger lo que diesse a su marido, sabiendo que non podia casar con el.*

Sabiendo alguna muger, que non podria casar con algun ome, con que ouiesse pleyto de casamiento, porque fuesse su pariente (189), o porque ella ouiesse otro marido, o por otra razon semejante destas, que fuesse atal, que segund derecho non pudiesse con el casar; e non seyendo el sabidor, que auia entre ellos algun embargo, casasse con ella; si le diesse ella alguna cosa por dote, maguer el casamiento se partiesse por esta razon non podria ella demandar aquello que le ouiesse dado por dote, nin seria el tenudo (190) de gelo tornar: porque faze ella muy gran torpedad, en trabajarse a sabiendas, de casar con tal ome, con quien non podria casar con derecho: e por ende non puede demandarle aquello que le dio. E esto es vn caso, en que viene la torpedad tan solamente de parte de aquel que da la cosa. E lo que dezimos en esta ley en razon de casamiento, entiendese tambien en todas las otras cosas semejantes desta, en que viniesse la torpedad de parte del que da la cosa tan solamente, e non de la otra.

LEY 51. *Como, si el varon, e la muger casan en vno, sabiendo ambos que non lo podrian fazer, deue ser lo que dieron el vno al otro, de la Camara del Rey.*

A sabiendas casando (191) algunos de so vno, seyendo sabidores (192), tambien el varon como la muger, que auia entre ellos embargo atal, que segund derecho non podrian casar; si cada vno dellos diesse al otro alguna cosa por dote, o por arras, e se partiesse el casamiento por razon que era fecho contra derecho; dezimos, que estonce non puede ninguno dellos demandar al otro, lo

que puedan alegarse los capítulos con que se estipuló la paz, por ser un hecho torpe y depresivo; lo que debe tenerse muy presente, y v. Jas. en la l. 7. §. 3. D. *de pact.* Nótese tambien que cuando los actos consecutivos proceden de la misma frajilidad, no confirman el acto principal, l. 22. C. *ad Vellej.* y allí Bald., y véase al mismo en el trat. *scimatis* sobre la *rubr.* C. *si quis aliq. test. prohib.* col. 11 y 12., en la l. 14. C. *de testam. manum.*, y en la l. 1. §. 5. C. *de latin. libert. toll.*, junto con lo que dice en el cap. 1. en la parte *marchio* col. 2., *de his qui feud. dar. poss.*, y añádase á esta ley lo que se espresa en el cap. 1. 27. q. 1., y acerca de otros casos v. Bart. en d. l. pen. D. *de condict. ob turp. caus.*, y Alex. consil. vol. 3.

(189) Nótese que en los paises de infieles, no tiene lugar el título de nupcias incestuosas, segun Bald. en la l. 8. D. *de senator.*

(190) ¿Se aplicará empero en este caso la dote al fisco, ó cederá en utilidad del marido? Si bien no lo declara bastante esta ley, con todo, atendida la disposicion de la ley sig., parece darse la preferencia al marido: cuya cuestion promovió la Glos. en la l. 4. C. *de incest. nupt.*, y espuso dos opiniones; la primera, que en dicho caso la dote quedará en poder del marido, en virtud de las ll. últ. D. *de legat.* 1., y 32. §. últ. D. *de donat. int. vir. et ux.*; la segunda, que se aplicará al fisco, y que las cit. ll. procede respecto de los legados ó donaciones, mas no de la dote: y esta última la sostienen Jacob. de Are., Cin. y Salic.; con todo la primera la apoyan Alberic. allí, y Azon en la Suma C. *de condict. ob caus.* bácia el fin, vers. *item versatur turpitudo*, y en d. l. *hœc verba.* Tambien existe torpeza únicamente por parte del que da, cuando la muger que entrega la dote, sabe que el matrimonio es nulo de derecho, creyéndolo empero válido el marido, y por esto no se permite á la muger el repetirla, segun dije en el tít. anter.; y caso que no la hubiese pagado y si solo prometido, estaria obligada á satisfacerla, arg. l. 62. D. *de condict. indeb.*, y así opina Azon, deduciéndose lo propio de esta ley de Part., ley que tambien entendió en estos términos Rodrig. Suar. en la repet. á la l. 1. tít. *de las ganancias*, lib. 3. del Fuero Real, fol. 10. vers. *sed reperio quamdam legem Partitæ*, ley que segun él, debe tenerse muy presente como limitativa de la auth. *incestas* C. *de incest. nupt.*

(191) Entiéndase del matrimonio de presente, segun Bart. y la generalidad de los DD. en la l. últ. D. *de condit. sin. caus.* ¿Bastará empero el matrimonio contraido por medio de palabras de presente, aunque no esté consumado? Bart. opina por la afirmativa en d. lug.: sin embargo lo contrario sostiene Anton. en el cap. *et si necesse, de donat. int. vir. et uxor.*, cuya opinion dice Alberic. allí, poderse defender, ya que se trata de un asunto penal; y lo mismo sienta tambien Bald. novel. en su trat. *de dote* fol. 52. col. 2., y fol. 54. col. 4. part. 11.; y dicha opinion parece bastante probable, dado que las leyes impusieron pena por razon del incesto, el cual no puede cometerse realmente sin la cohabitacion: y á este parecer se adhiere tambien Bald. consil. 118 que empieza *verba matrimonii* vol. 1.

(192) Esta palabra prueba bastante lo que dije

que le dio por tal razon como esta, nin lo deue cobrar, porque viene la torpedad de amas las partes; ante dezimos, que deue ser de la Camara del Rey (193). Fueras ende, si fuessen amos menores de veynte e cinco años (194). Ca estonce, como quier que non vala el casamiento, han escusa por razon de la menor edad, para poder cobrar cada vno dellos, lo que le dio al otro en dote, o en arras. Esso mismo dezimos que seria, si tal casamiento como este sobredicho fiziessen algunos, por yerro (195), e non a sabiendas, maguer fuessen mayores de xxv años. Ca, si se partiesse el casamiento, despues que sopiessen (196) el yerro, bien podria cada vno dellos cobrar lo que ouiesse dado al otro por razon del casamiento.

LEY 52. *Como si alguna parte diesse algo al Judgador, porque diesse juyzio por el, deue ser de la Camara del Rey.*

Marauedis, o otra cosa qualquier dando alguna de las partes al Judgador, a pleyto, que de la sentencia por el, quier aya mayor derecho en el pleyto, o en la demanda, aquel que los da (197), quier el otro, non puede despues demandar aquello que dio, nin deue fincar en el Judgador que lo recibio. Ante dezimos, que deue ser de la Camara del Rey, en esta manera: que si la demanda es sobre cosa que sea de dineros, o de otra cosa qualquier, mueble, o rayz, que non tanga a justicia de muerte de ome, o de lision; deue pechar el Judgador tres doblo (198) de aquello que recibio. E perder la honrra, e el logar que tiene, fincar enfamado para siempre. E aquel que lo dio, maguer ouiesse derecho en aquello que demanda, deuelo perder porende: e deuen auer amos esta pena, porque la torpedad auino tambien del vno, como del otro. Ca el Judgador, a menos de recebir aquello, era tenudo de judgar derecho. E el otro, a menos de lo dar, podria alcançar su derecho. Mas si la demanda fuesse sobre cosa en que pudiesse venir muerte de ome, o de perdimiento de algun miembro; deue el Judgador perder todo lo que ouiere, tambien mueble como rayz, e ser de la Camara del Rey. E demas desto deue ser desterrado en alguna ysla para siempre: assi como diximos en el Titulo de los Juyzios, en las leyes que fablan en esta razon.

en la l. anter. Luego si los contrayentes lo ignoraban, no tendrán lugar estas penas, l. últ. D. *de condict. sine caus.* Entiéndase sin embargo, si el matrimonio fué contraido públicamente, mas no si se celebró en secreto, á tenor de la l. últ. D. *de rit. nupt.*, la Glos, en la l. 4. C. *de incest. nupt.*, y Alberic. en la l. 38. §. 1. D. *de adult.*

(193) Añád. l. 4. y la auth. *incestas* C. *de incest. nupt.* ¿Podrá empero el varon, á quien se pide la dote, escepcionar alegando el derecho del fisco? V. Bald. en la l. 5. al fin D. *de cond. sin. caus.*, quien pretende, aunque no sin vacilar, que en este caso el fisco adquiere *ipso jure* la dote, y de consiguiente que no procede lo que espresa la Glos. en la l. 18. D. *famil. ercisc.* Empero, parece mas probable que el marido no podrá oponer el derecho del fisco á la muger que intente la repeticion; y así opinan Cardin. en el cap. *et si necesse*, *de donat. int. vir. et uxor.*, y Francisc. de Ripa en la l. 2. D. *solut. matr.* ¿Qué dirémos acerca los frutos de la dote, ó de la donacion *propter nuptias*? V. Bald. Novel. en su trat. *de dote* fol. 57. col. 3.

(194) Añád. d. l. 4. C. *de incest. nupt.*: no se atiende pues sobre el particular la edad de los 17 años, la que por otra parte se tiene en consideracion respecto de los delitos, segun la l. 8. tít. 31. Part. 7.

(195) En cuanto al error de hecho no hay dificultad, segun d. l. 4., la cit. l. últ. D. *de rit. nupt.*, y la l. 22. §. últ D. *solut. matr.*; respecto del error de derecho hay varias opiniones; pues Juan Andr. en d. cap. *et si necesse* sostiene que tal error no libra de esta pena; lo contrario empero defienden Bart. y Paul. de Castr. en la l. últ. D. *de cond. sin. caus.*, contra la Glos. allí, y tambien Abb. en d. cap. *et si necesse*, cuya opinion asegura ser la comun Bald. Novel. en su trat. *de dote*, part. 11. col. 8. fol. 53. col. 3. Limítese sin embargo, si se contragese ocultamente el matrimonio, ó se errase por ignorancia crasa acerca el derecho de gentes, segun la l. últ. D. *de rit. nupt.*, y v. Bart. en d. l. 38. col. pen.

(196) Añád. d. l. 4. C. *de incest. nupt.*, pero si, despues de descubierto el error, continuasen en el matrimonio, serian castigados con la pena de que se trata en esta ley, y v. Bald. Novel. trat. *de dote* fol. 57. col. 2. vers. *quid autem.*

(197) Nótense estas palabras, en fuerza de las cuales, aun el que tiene en buen estado su pleito, si da dinero al juez, se hace acreedor á las penas de esta ley. ¿Qué dirémos si espresase en el acto de dar, que lo verifica, á fin de que se pronuncie un fallo justo, ó bien para que no se le irrogue injusticia? Véase señaladamente la l. últ. tít. 22. Part. 3. y lo que allí dije. Nótese tambien, que procederá lo dicho, si se da dinero al juez, con el fin de que termine pronto la causa, segun una glos. notab. á la l. 2. sobre la palabra *sed et si dedi* D. *de condic. ob. turp. caus.*, la cual recomiendan Bart. y Ang. en la l. 1. C. *de pœd. jud. qui mal. jud.*

(198) Añád. la auth. *novo jure* C. *de pœn. jud. qui mal. jud.*, y l. 24. tít. 22. Part. 3.

LEY 53. *Como lo que alguno diesse a muger porque fiziesse maldad de su cuerpo, non lo puede demandar, maguer la muger non cumpliesse lo prometido.*

Dineros, o otras donas dando algun ome a alguna muger que fuesse de buena fama (199), con entencion que fiziesse maldat de su cuerpo; maguer ella promete de fazer lo que demanda, e rescibe los dineros, o las donas sobre esta razon, con todo esso, si non quisiere fazer (200) lo que le prometio, non le puede el otro demandar lo que le auia dado, nin ella es tenuda de gelo tornar. E esto es, porque la torpeded auino tambien a el por dar aquellas donas, como a ella en recebirlas. E porende, pues que la torpedad auino de ambas partes, mayor derecho ha en la cosa que es dada sobre tal razon, el que es tenedor, que el otro que la dio. Esso mismo seria, si alguno diesse dineros a alguna mala muger (201), porque yoguiesse con ella. Ca, despues que gelos ouiesse dado (202), non gelos podria demandar, porque la torpedad vino de la su parte tan solamente; porende non los deue cobrar. Ca, como quier que la mala muger faze gran yerro en yazer con los omes, non faze mal en tomar lo quel dan. E porende, en recebirlo, non viene la torpedad de parte della.

(199) Concuerda con la l. 2. C. *de condict. ob. turp. caus.*, y la Glos. interpreta allí d. l. respecto de lo que se hubiese dado á una muger no meretriz.

(200) Ténganse presente estas palabras, pues no lo he visto tambien esplicado en otra parte: ¿Y si la muger cometiera torpeza conforme prometió, habrá lugar á la repeticion de lo que se le habia dado? Así parece deducirse de esta ley; sin embargo sostienen lo contrario los DD. en d. l. 2. C. *de condict. ob turp. caus.*, Alex. siguiendo á Bart. y otros en la l. 1. D. *de condict. ob. turp. caus.*, y Paul de Castr. en la l. 4. §. 3. D. d. tít., donde añade que si bien en este caso el que dió el dinero no puede reclamarlo, lo verifica el fisco, á tenor de la l. 9. D. *de jur. fisc.* y l. 5. princ. D. *de calumniat.*, y lo propio sostiene Ang., siguiendo á Cin. en d. l. 2., diciendo ser esto digno de notarse especialmente por lo que mira á aquellas mujeres que de sus amantes obtienen joyas de oro y plata, las que, dice, podrá reclamarlas el fisco; y lo mismo sienta el Dr. de Palac. Rub. en la repet. al cap. *per vestras* en la rubr. col. 178: ni podrán tales mugeres, segun dichos DD. disponer en testamento de semejante lucro; y lo propio opina Jas. en el cit. §. 3. ¿Podrá empero el fisco en el caso de esta ley, vindicar de la muger el torpe lucro, no habiendo esta querido cometer tal deshonestidad? Parece que sí, por entenderse adquirido torpemente, segun esta ley, y así habrá lugar á la repeticion por parte del fisco, á tenor de d. l. 9. D. *de jur. fisc.* [Si nuestra ley hubiese querido dar accion al fisco lo hubiera espresado, como lo hace en la ley anterior; además se espresa aquí que el poseedor tiene mayor derecho que el donante; luego tiene derecho, esto es el de retener.] Atendido sin embargo el foro de la conciencia, ni en este caso, ni el anterior debiera hacerse la restitucion al fisco, sino á los pobres: y aun esto es mas bien un consejo, que una necesidad de la salud del alma, pues si no quisiese restituir, no se condenaria; conforme lo manifiestan Silvestr. en la suma, en la parte *restitutio* la 2. princ. col 2. y 3. con las limitaciones que pone allí, el Dr. de Palac. Rub. en el lug. cit. col. 179 y 180, y Abb. en el cap. *quia plerique* col. 5. *de immun. eccles.*

(201) Se toma por la meretriz, como en d. l. 4. §. 5. D. *de cond. ob. turp. caus.*, y se llama tal la que hace comercio con su cuerpo y cuya torpeza es venal públicamente, l. 43. D. *de rit. nupt.* cap. *meretrices* 32. q. 4., ó bien aquella que se prostituye á la liviandad de muchos cap. *vidua* 16. dist. 34., aunque sea sin lucro, segun se deduce de d. l. 43. y de esta l. de Part., la que no se funda en la ganancia, ni atiende á si la prostituta vive en algun lupanar, meson, taberna ú otro lugar, como en d. l. 43., de la que se infiere tambien que no se dirá meretriz la que cohabita solamente con dos por causa de lucro; por mas que digan lo contrario Abb. en el cap. *cum decorem*, *de vita et honest. cleric.*, y el Dr. de Palac. Rub. en d. repet. al cap. *per vestras* col. 171.

(202) Lo mismo dirémos, si le diere alguna prenda en seguridad de la paga, segun Cin. siguiendo la Glos. en la l. 2. C. *de condict. ob. turp. caus.*, y el cit. Dr. de Palac. Rub. en el lug. cit. col. 172; pues no solo podrá retener dicha prenda, si que tambien accionar contra el donante á fin de que la redima, conforme espresan los mismos allí. Empero, acerca de si podrá exigir la meretriz lo que se le ha prometido, hay varias opiniones; pues la Glos. en d. §. 3. l. 4. D. *de cond. ob. turp. caus.* y en la l. 1. C. d. tít. sostiene la negativa, á lo que parecen adherirse Bart. en la l. 1. D. del mismo tít., Paul. de Castr. en d. §. 3. y Juan de Imol. en la l. 5. D. *de donat.* y en la l. *generaliter* D. *de verb. oblig.*, fundado principalmente en la l. últ. hácia el fin D. *de act. et oblig.*, y lo propio sienta Jas. en d. §. 3. Defienden empero la contraria opinion, esto es, que podrá repetir lo prometido, Cin. en la l. 2. C. *de cond. ob. turp. caus.* y allí Ang. y Salic., Bart. en la cit. l. 5. D. *de donat.*, y Abb. en el cap. *quia plerique* col. 5. *de immun. eccles.*; y esta parece ser

LEY 54. *Como lo que diesse algo por non ser descubierto, lo que puede despues demandar.*

En yerro de adulterio, o de omicidio, o de furto, o de pecado semejante destos, cayendo alguud ome; si por miedo de ser descubierto, diesse alguna cosa a otro, porque non le descubriesse; como quier que el fecho es malo, e desaguisado, e fue muy torpe en fazerlo; con todo esso, non faze torpedad (203) en dar aquello que da, por estorcer el peligro en que podria caer, si fuesse descubierto. E porende dezimos, que lo puede demandar (204). Ca sabida cosa es, que todo ome deue puñar, quanto pudiere, para estorcer que non caya en peligro de muerte, o de mala fama (205). Mas aquel que recibe la cosa sobre tal razon, faze gran torpedad. E esto se da a entender por dos razones. La vna, porque si le queria librar de muerte, deuelo fazer por el natural amor que vn ome deue auer con otro, e non por precio (206) ninguno. La otra es, que encubre la justicia, e la vende, porque se non cumpla, puesque rescibio precio por encobrir el malfechor. Porende dezimos, que deue tornar lo que assi rescibio, al que gelo dio (207). E si promission ouiesse fecho, para dar alguna cosa sobre tal razon como esta, non es tenudo de la guardar.

TITULO XV.

COMO HAN LOS DEBDORES A DESAMPARAR SUS BIENES, QUANDO NO SE ATREUEN A PAGAR LO QUE DEUEN: E COMO DEUE SER REUOCADO EL ENAGENAMIENTO, QUE LOS DEBDORES FAZEN MALICIOSAMENTE DE SUS BIENES.

Desamparan los debdores a las vegadas sus bienes, veyendo que non pueden pagar lo que deuen, por aquello que han. Onde, pues que en el Titulo ante deste fablamos, de como deuen ser fechas las pagas, por aquellos que las han poder de fazer; queremos aqui dezir, de los otros que desamparan sus bienes, quando non han poderio de fazer la paga. E diremos, quales son los debdores, que por tal razon como esta pueden desamparar lo suyo. E ante quien lo deuen fazer. E en que manera. E a quien. E que fuerça ha tal desamparamiento como este. E que pena deue auer el que non quiere pagar lo que deue, nin desamparar sus bienes. E de si diremos, de todas las otras cosas que pertenescen a esta razon. E señaladamente de aquellos, que enagenan lo suyo con malicia, queriendo fazer perder las debdas, a aquellos a quien las deuen.

LEY 1. *(a) Que los debdores pueden desam-*

(a). Quales debdores Acad.

la opinion mas comun, segun manifiesta d. Dr. de Palac. Rub. en su cit. repet. col. 182, 183 y siguiente; y lo que se espresa en la l. últ. hácia el fin D. *de act. et oblig.* procederá cuando la muger promete al varon: y véase señaladamente Andr. de Iser. en el cap. 1. *quib. mod. feud. amit.* vers. *turpiter luserit.*

(203) Lo contrario se espresa en la l. 4. §. 1. D. *de cond. ob. turp. caus.*, donde se lee que si el ladron da para no ser descubierto, recae torpeza en entrambos. Puede decirse que tal torpeza no nace del acto de dar, segun esta ley, sino del delito, á tenor de la cit. l., y de la nuestra de Part. O bien digase que la cit. l. habla del caso en que se da dinero al juez ú oficial encargado de inquirir el crimen, á fin de no ser uno descubierto; por mediar entónces torpeza por parte del que da, pues parece corromper al juez, segun la l. 3. D. *de cond. ob turp. caus.*; esta ley empero se entiende, cuando se da á la parte ó á otro que no sea juez, ni oficial público.

(204) Añád. ll. 7. y 8. princ. D. *quod. met. caus.* l. últ. §. 2. d. tít., y la Glos. en la l. 4. vers. *item si dederit fur.* D. *de cond. ob. turp. caus.*; lo que se repite por medio de la accion *quod metus causa*, ó bien mediante el oficio del juez, á tenor de d. §. 2. y allí Bart., ó tal vez podrá tener lugar en este caso la *condictio ob turpem causam*, que indiqué en la glos. anter.

(205) Hacen al caso la l. 8. D. *quod met. caus.*, y l. 18. C. *de transact.*

(206) Nótense estas bellas palabras; y esta ley fué alegada en cierta causa promovida por haber uno recibido dinero de un preso condenado á muerte, á fin de que procurase su libertad con su favor ó por medio de ruegos: añádanse á nuestra ley las hermosas palabras de S. Ambros. en el lib. 1. *de officiis* cap. 28. allí, *ergo secundum Dei voluntatem, vel naturæ copulam*, y S. Bernard. 3. *sermone Adventus* col. 2.

(207) Luego, no habiendo torpeza por parte del que da, no lo reclamará el fisco, segun decide tambien la Glos. en la l. 5. D. *de calumniat.*; podria empero este repetirlo, si se cometiese aquella por entrambos, aunque fuese mejor la condicion del que posee, l. 9. D. *de jur. fisc.*, y hace al caso d. l. 5. princ. y allí Ang., y lo que dije en la glos. 2. de la ley anter. — * Véase la glos. 200.

parar sus bienes, quando non se atreuen a pagar lo que deuen, e ante quien, e en que manera.

Desamparar puede sus bienes todo ome (1) que es libre, e estouiere en poder de si mismo, o de otri non auiendo de que pagar lo que deue. E deuelosdesamparar ante el Judgador (2). E este desamparamiento puede fazer el debdor por si, o por su Personero, o por su carta, conosciendo las debdas que deue; o quando fuere la sentencia dada contra el, e non ante (3). E si de otra guisa los desamparare, non valdria el desamparamiento. E deuelos desamparar a aquellos a quien deue algo, diziendo (4), como non ha de que faga pagamiento. E estonce el Judgador deue tomar todos los bienes del debdor, que desampara lo suyo por esta razon, si non los paños de lino (5) que vistiere; e non le deue otra cosa ninguna dexar. Fueras ende, si tal debdor como este fuesse padre, o auuelo (6), o alguno de los otros ascen-

(1) ¿Qué dirémos de un colegio, universidad ó sociedad mercantíl? Tendrán tambien el beneficio de la cesion, por mediar igual razon, y parece deducirse de la Novel. 3. princ. vers. *investigantes* hácia el fin, y lo sostiene Alberic. en la rubr. C. *de cess. bonor.* col. últ. ¿Podrá un menor hacer cesion de bienes? Bald. decide que si con tal que sea adulto, en la l. 1. col. últ. C. *de cess. bonor.*, y es notable lo que espone allí, á saber, que dicho menor no puede ser encarcelado por deudas: debe verificarse la cesion por decreto del juez, por ser una enagenacion universal; tambien tendrá lugar la cesion, aunque el fisco sea el acreedor, segun el propio Bald. allí col. 2. y Alberic. en la rubr. de d. tít. col. 1. Empero, el que dilapidó maliciosamente sus bienes, no goza de este beneficio, l. últ. D. *quæ in fraud. cred.*, y l. pen. D. *de jur. dot.* Acerca del heredero que no formaliza inventario, v. Bald. en d. l. 1, así como respecto del deudor obligado en virtud de instrumento guarentigio, y v. Socin. consil. 204. vol. 2. El que puede satisfacer todas sus deudas, no goza del beneficio de que se trata: véase Bald. allí mismo col. 2. y mas latamente sobre el particular, Jas. en el §. últ. Instit. *de act.*—* Deniégase el beneficio de la cesion de bienes á los arrendadores de rentas públicas y á los fiadores y abonadores de los mismos; así es que se les tendrá en prision hasta que quede cubierta de sus créditos la hacienda, l. 9. tít. 32. lib. 11. Nov. Rec. Se deniega tambien dicho beneficío al deudor que malbarata el todo ó parte de sus bienes, l. 4. de este tít.

(2) Puede tambien hacerse la cesion estrajudicialmente, segun la l. últ. D. *de cess. bon.*, y Bald. en la l. 1. col. 2. y l. últ. col. últ. C. d. tít., sin que se requiera decreto del juez, ni el consentimiento de los acreedores. Empero esta ley de Part. parece exigir que la cesion se haga en juicio, ó en presencia del juez. Puede decirse que tendrá lugar aun estrajudicialmente, segun d. l. últ., debiéndose producir ante el juez el instrumento de la cesion, á tenor de esta ley. Por lo que mira al derecho vigente en España, véanse las ll. 5. y 6. tít. 13. lib. 5. del Orden. Real., y el vol. de las *pragmáticas* fol. 95. 96. y 97. —* Véase la adiccion á la glos. 18.

(3) Entiéndase contra la voluntad del acreedor, segun la l. pen. y allí la Glos. D. *de cess. bonor.*, y Azon en la Suma C. d. tít.

(4) En cuanto al modo de verificarse la cesion, deben atenderse los estatutos de los lugares, segun Bald. en la l. 1. col. 2. C. *de cess. bonor.*: no debe con todo permitirse una forma reprobable, segun el propio Bald. en la rubr. C. d. tít. col. 2. vers. *Item quæritur.* De derecho no se requiere ninguna solemnidad; bastará que se haga de palabra, conforme espresa él mismo allí.

(5) Téngase esto presente, pues no estaba tan especificado por derecho comun: v. Bart. en la l. 6. D. *de bon. damnat.*, Bald. en la l. últ. C. *qui bon. ced. poss.*, Juan de Plat. en la l. 12. C. *de re milit.*, Bart. en la l. pen. hácia el fin D. *de cess. bon.*, donde decide Ang. que el que hace cesion de sus bienes, retendrá los vestidos necesarios para su uso.

(6) Ténganse presentes estos casos, en los cuales no queda uno obligado á mas de lo que pueda hacer, y añád. l. 16. y sig. D. *de re jud.*: acerca de los clérigos, véase el cap. *Odoardus* 3. *de solut.* y la Glos. en el cap. *studeat*, dist. 50.; y en cuanto á los militares, véase la l. 6. D. *de re jud.* Y adviértase que, segun nuestra ley, aunque dichos privilejiados hagan cesion de bienes, deberán gozar de este privilejio; y de consiguiente se opone la misma á lo anotado por Juan de Imol., siguiendo á Pedr. en d. cap. *Odoardus*, *de solut.* col. 2. últ. notab. O bien dígase que aun sin la cesion competerá á ellos tal beneficio, segun pretende allí Juan de Imol., sin que deban por lo mismo ser compelidos á verificarla contra su voluntad; pues como dice allí Imol. hácia el fin, por medio de la cesion se rebaja el buen nombre del cedente, y segun Cardin. Flor. allí, en el caso de tener que verificarse la cesion, deberá efectuarse de modo que quede en su lugar la fama del cedente, si es clérigo ú otra persona semejante: y véase en d. lug. si puede obligarse al clérigo á hacer cesion de los frutos de sus beneficios. Abb. sostiene allí tambien que no tiene lugar la cesion forzosa respecto del clérigo; y la propia razon milita en los demás á quienes compete el beneficio.

dientes, que ouiessen algo a dar, a alguno de aquellos que descendiessen dellos. O si fuesse fijo (7), o alguno de los otros descendientes, que ouiessen algo a dar, a alguno de aquellos de quien descendiessen. O si fuesse ome que deuiesse algo a su muger, o ella a su marido. O si fuesse ome que deuiesse algo a aquel a quien auia aforrado, o el aforrado a el. O si fuesse compañero, de aquellos que firman compañia entre si, auiendo, o trayendo sus bienes de so vno, que deuiesse algo al otro, o el compañero a el. O si fuesse ome a quien demandassen en juyzio sobre donadio (8), que ouiesse fecho a otro. Ca estonce el Judgador deue dexar a cada vno destos sobredichos tanta parte de sus bienes, de que puedan biuir guisadamente (9). E lo otro todo deue mandar vender en almoneda, e entregar el precio destos bienes a los debdores sobredichos.

LEY 2. *Como se deuen partir los bienes del debdor, quando los desampara, entre aquellos a quien deue algo.*

De vna manera, o natura, seyendo todas las debdas que ha de pagar aquel que desampara todos sus bienes, estonce deue el Judgador partir entre ellos (10) los marauedis, porque fueren vendidos los bienes del, dando a cada vno dellos segun la quantia que deuia auer, mas o menos. Mas si las debdas non fueren todas en una guisa, porque algunos de los que las deuen auer, ouiessen mejoria (11) que los otros; como si les fuessen obligados primeramente, o ouiessen otro derecho alguno por si contra tales bienes, en la manera que diximos en el Titulo de los Peños; estonce deuen ser pagados primeramente estos debdos atales, maguer que para los otros non fincasse ninguna cosa, de que los entregassen. Pero si el debdor, que ouiesse assi desamparado lo suyo, dixesse, ante que fuessen vendidos todos sus bienes, que los queria cobrar, para fazer paga á sus debdores, o para defenderse luego con derecho contra ellos, estonce non deuen vender ninguna cosa de lo suyo; ante dezimos, que deue ser oydo (12).

LEY 3. *Que fuerza ha el desamparamiento, que faze el debdor de sus bienes, por debdo que deue.*

El desamparamiento que faze el debdor de sus bienes, do que fablamos en las leyes ante desta, ha tal fuerça (13), que despues non puede ser el debdor emplazado, nin es tenudo de responder (14) en juyzio, a aquellos a quien deuiesse algo; fueras ende, si ouiesse fecho tan gran ganancia (15), que podria pagar los debdos todos, o parte dellos, e que fincasse a el de que podiesse biuir (16). E maguer los que desampararon lo suyo, se pueden defender contra aquellos a quien

(7) Téngase presente, pues se esplica mas claramente en esta ley, que en d. l. 16. y sig. D. *de re jud.*

(8) Añád. l. 4. tít. 4. de esta Part.

(9) Añád. l. 173. D. *de reg jur.*, y Alex. en la cit. l. 16.

(10) Añád. l. 6. §. 6. D. *quæ in fraud. cred.* y v. l. 11 del tít. anter. — * Véase el apéndice núm. 1 del tít. ant.

(11) Ya sea por razon de hipoteca, como espresa mas abajo, ó de privilegio entre las acciones personales, segun el tít. del Digest. *de privil. credit.*, la l. 30. tit. 13, l. 12. tít. 14, y l. pen. tít. 3 de esta Part.; y este creo ser el objeto de las ll. 1 y 2. D. *de cess. bonor.*

(12) Añád. la l. 5. D. *de cess. bonor.*, l. 2. C. d. tít., y l. 6. D. del mismo tít. y allí Bart. Y nótese que esta ley habla indistintamente, esto es, así del caso en que el cedente procedió con deliberacion, como de aquel en que ella falta; en entrambos admite el arrepentimiento: añádase la Glos. en la l. pen. D. *de cess. bonor.*, y Alberic. en la rúbr. C. d. tít., quien, siguiendo á Cin., interpreta la l. 2. del cit. tít. esto es aquellas palabras *temerè maximè*, diciendo que lo mismo tendrá lugar si la cesion se verificó de un modo solemne y no inconsideradamente.

(13) ¿Aprovechará tambien la cesion, respecto de los créditos condicionales? V. Bald. en la l. 3. C. *de bon. auct. jud. poss.*, y véase allí si reportará beneficio de la misma el nuevo deudor que sucede en la obligacion.

(14) Entiéndase despues de opuesta la escepcion de la cesion; pues por medio de esta no se quita la obligacion natural, ni civil, y si solo compete dicha escepcion, segun Cin., Bald. y otros en la l. 1. C. *qui bon. ceder. poss.*, y Jas. en el §. últ. col. 1. Instit. *de act.*; tenemos pues aquí que la cesión de bienes impide la contestacion del pleito: añád. l. 4. §. 1. D. *de cess. bonor.* y allí Bart.

(15) Añád. las ll. 6 y 7 D. *de cess. bonor.* Y nótese que si la cesion de bienes se verificó con vituperio, no quedará obligado el deudor posteriormente, aunque llegare á mayor fortuna: así lo sostenia la Glos. señaladamente en el cap. *sicut dignum* sobre la palabra *si habent*, *de homicid.*, y véase la glos. 1 en la regla *peccatum*, *de reg. jur.* lib. 6, cuyas glos. alegó para el caso Paris de Puteo en su trat. *syndicatus*, vers. 83. col. 4.

(16) Asi pues, respecto de los bienes adquiri-

deuiessen algo, para non responderles en juyzio, segun que es sobredicho; con todo esso non se podrian defender sus fiadores (17) por tal razon, (b) que tenidos serian de fazer pagamiento, de lo que fincasse por pagar de aquellas debdas, por que entraron fiadores, maguer los principales non ayan de que lo fazer.

(b) ca tenudos serien Acad.

LEY 4. *Que pena meresce aquel que non quiere pagar sus debdas, ni desamparar sus bienes.*

Por juyzio condenado seyendo alguno, que pague las debdas que deuiere a otro, si las non quisiesse pagar, nin desamparar sus bienes, segun diximos en las leyes ante desta, el Judgador del logar deuelo meter en prision (18), a la de-

dos despues de la cesion, no queda obligado sino en cuanto le sobrare, deducida su manutencion, segun esta ley, d. l. 6. y el §. últ. Instit. *de act.*; por consiguiente al escolar que cedió sus bienes, no se le pueden quitar los libros que compró despues, Bald. en la rúbr. C. *de cess. bon.*, así como ni al militar las armas, ni al clérigo el breviario, y alega la glos. singular de la l. 125. D. *de verb. sign.* en la palabra *dignitate*.

(17) Concuerda con el §. últ. Instit. *de replic.*, la l. 21. §. 3. D. *de fidejuss.* y lo anotado allí por Bart.

(18) Empero, ¿deberá primero hacerse escusion en los bienes del deudor? La Glos. decide que sí, en la l. 3. §. 13. D. *de suspect. tut.*, y lo sostienen Bart. y Bald. en la l. 1. C. *qui bon. ced. poss.*, y lo propio pretende este, si bien refiere la opinion contraria, en la l. 1. al fin. C. *de jur. et fact. ignor.*; así pues deberá ante todo procederse á la escusion de los bienes, y si estos no bastan, entónces tendrá lugar la captura; sin embargo, si hay sospecha de fuga podrá ser detenido inmediatamente: así lo espresa Abb. en en el cap. 2 hácia el fin *de pignor.*; así como si fuese deudor del fisco, l. 9. §. 6. vers. *cum eo* D. *ad leg. Jul. pecul.*, y v. Juan de Plat. en la l. 2. C. *de exact. tribut.*; y esta opinion dice ser la mas comun Alex. de Imol. en la l. 15. §. 2. col. 3. D. *de re jud.* En el dia la práctica que se sigue en este reino, consiste en que se requiere al deudor, á fin de que señale bienes, en los cuales se haga la ejecucion, y dé fiador de que los mismos importan el valor de la deuda, así como sobre saneamiento, esto es, que estarán libres del peligro de eviccion al tiempo de su venta: y y si así no lo hiciere, debe conducírsele á la cárcel: cuya práctica es acertada. ¿Se podrá prender á los regidores de una poblacion por razon de las deudas de la universidad, ó á la abadesa por las del monasterio? V. Bald. en la l. 5. col. 4. C. *de execut. rei jud.* — * Nuestra legislacion ha sufrido en este punto modificaciones sucesivas, disminuyendo siempre de rigor respecto del deudor insolvente. La ley del Fuero Juzgo es un reflejo de la de las doce tablas: si el deudor no podia pagar sus deudas, ya proviniesen de contrato, ya dimanasen de delito, era reducido á la condicion de esclavo, y como tal era entregado perpetuamente á los acreedores, l. 5. tít. 6. lib. 5 del Fuero Juzgo. En el F. Real, en vez de la esclavitud del deudor, hallamos el derecho de utilizarse el acreedor del trabajo de aquel, hasta que esté satisfecho de su crédito: derecho de que podia hacer uso pasados nueve dias en que el deudor hubiese permanecido en la cárcel, sin pagar la deuda; ni dar fianza, l. 2. tít. 8. lib. 3. de d. F. A pesar de nuestra ley de Part. la que atribuye á los deudores el beneficio de la cesion de bienes en iguales términos que el derecho romano, siguió en observancia la ley del Fuero con algunas modificaciones, como resulta de las ll. 5. 6. 7 y 8. tít. 32. lib. 11 de la Nueva Recop. A mediados del siglo XV se hizo un cambio muy notable en la forma de reconvenir á los deudores y de precisarles al pago: *mandando por él*, dice la l. 12. tít. 28. lib. 11. Nov. Recop. hablando del mandamiento de ejecucion, *que se haga la ejecucion en bienes muebles, y á falta de ellos en bienes raices con fianzas de saneamiento; y que en defecto de las dichas fianzas sea preso el deudor, no siendo tal que conforme á las leyes de estos reinos no pueda ser preso por deuda.* Atribuyen este privilegio nuestras leyes; 1°. á los nobles y á cuantos gozan de las prerogativas de la nobleza, á no ser que fuesen deudores de la Hacienda pública, ll. 2. 9. 13 y 14. tít. 2. lib. 6. Nov. Recop.; ó que la deuda procediese de delito, l. 4. tít. 32. lib. 11. Nov. Recop.: 2.° á las mugeres por deuda que no dimana de delito, escepto las que fueren públicamente deshonestas, l. 4. tít. 11. lib. 10. Nov. Recop.: 3.° á los labradores esceptuando tambien el caso que la deuda proceda de delito, ó que el crédito sea de la Hacienda, ll. 15 y 19. tít. 31. lib. 11. Nov. Recop.: 4.° á los operarios de todas las fábricas del reino, y á los que profesan las artes y oficios, cualesquiera que sean en los mismos términos que á los labradores segun pragmática de 17 de mayo de 1786, que es la l. 19. cit. Además, por derecho canónico, no pueden ser presos por deudas los clérigos ordenados *in sacris*, cap. *Odoardus* 3 *de solut.* Además, como al publicarse la citada l. 12. tít. 28. lib. 11. Nov. Recop. eran leyes del reino las de Partidas, debieron considerarse libres de prision los deudores que hiciesen cesion de bienes. Por fin, el deudor reconvenido por

manda (19) de los que han de recebir la paga, e tenerlo en ella, fasta que pague (20) lo que deue, o desampare sus bienes. E si entre tanto que yoguiesse en la prision, malmetiesse (21) los bienes, todos, o parte dellos, maguer los quisiesse desamparar, non deue ser oydo. Fueras ende, si se obligasse, dando recabdo (22) de tornarlos en el estado en que eran, quando el fue metido en prision.

LEY 5. *Como, quando alguno es debdor de muchos, e les ruega que le esperen por el debdo, e los vnos lo otorgan, e los otros non; qual razon deue ser cabida.*

Debdor seyendo vn ome de muchos, si ante que desamparasse sus bienes, los juntasse en vno (23), e les pidiesse (24), que le diessen vn plazo

una persona, respecto de la cual goza del beneficio de competencia, debe necesariamente estar á cubierto de la prision. — Tal es el estado de nuestra legislacion en punto á la prision por deudas; pero la práctica ha ido mas lejos, pudiendo decirse que las escepciones han sido convertidas por ella en regla general, absoluta comprendiendo todos los deudores, á no ser que la accion proceda de delito. Una consideracion se nos ofrece, y es en apoyo de esa práctica misma, á saber, que si un tribunal llevado por el respeto religioso hácia la ley escrita, quisiese llevar á efecto la prision del deudor, ó procedia en cuanto al tiempo y al modo á tenor de la ley del Fuero y de las que en el siglo XV la esplicaron y modificaron, ó bien prescindia de ellas: en el primer caso chocaba abiertamente con las costumbres actuales; en el segundo no hacia mas que retardar el uso de un prudente arbitrio, y á la vez faltaba á la ley y á lo que la práctica ha sancionado. — Por lo que mira á los comerciantes, véase el lib. 4. del Cód. de Com.

(19) Nótense estas palabras: pues se aprueba en esta ley la asercion de los que dicen no proceder la cesion de bienes, si no instan los acreedores para que sea encarcelado el deudor, pues por ella quedan defraudados en lo que este adquiera despues, véase la l. anter.; y así opinó Cin. en la l. 1. C. *de cess. bon.*, y lo manifiestan Juan Andr. en las adic. al Specul. tít. *de execut. sentent.* §. últ. en la adicion que empieza *lex prima* etc., y Bald. en d. l. 1. col. 2. *quœro si creditores.* — * No vemos la legitimidad de la consecuencia que Gregor. Lopez saca de las palabras anotadas: de que al encarcelamiento del deudor deba preceder demanda de los acreedores, no se sigue que la cesion no pueda verificarse sin que hubiese mediado tal demanda: mas, en la l. 1. de este tít. se dice que todo deudor insolvente puede hacer cesion, y no se indica semejante requisito.

(20) Decídase en el dia á tenor de la pragmática de los Reyes Católicos, fól. 96 y 97.

(21) Pues de ello se deduciria el fraude. ¿Qué dirémos si los enagenase antes de la captura? Decídese lo mismo, con tal que se verificase la enagenacion deliberadamente y en fraude de los acreedores, de modo que los bienes no pudiesen recobrarse, segun el testo singular de la l. últ. al fin D. *quœ in fraud. cred.* y allí Bart. y Ang., y Bald. en la l. 1. col. 2. C. *qui bon. ceder. poss.*; tenemos pues un caso en el cual deja uno de gozar del beneficio de la cesion; véanse además once casos que espresa Jas. en el §. últ. Instit. *de act.* Por lo que mira al cuarto caso, á saber, cuando se reconviene á uno por razon de delito, ó casi delito, caso en que la pena pecuniaria se convierte en corporal á tenor de la l. pen. D. *de in jus. voc.* y l. 4. C. *de serv. fugit.*; es de advertir que sufre escepcion en el supuesto que se entable la accion puramente pecuniaria: pues entonces se admite la cesion, tanto si el convenido lo es por razon de contrato, como de maleficio, segun Innoc., Juan Andr., Abb. y Juan de Imol. en el cap. *Odoardus, de solut:* véase lo que esponen los mismos allí.

(22) Téngase esto presente, pues no se declara así en la l. últ. D. *quœ in fraud. credit.*, de la cual esta se ha tomado; aunque lo dicho pueda inferirse de d. l., y lo propio pretende tambien allí Alberic., siguiendo á Din.

(23) Lo mismo se espresa en la l. últ. C. *qui bon. ceder. poss.*, de la cual esta se ha tomado: es necesaria pues la convocacion y reunion de todos los acreedores, como lo deciden allí los DD y mayormente Bald. al principio de d. l.: por ser esto esencial, tratándose de cosas comunes á muchos individualmente, y en las que la mayoría puede perjudicar á la minoría; deben, pues reunirse todos en un mismo lugar, y discutir sobre la espera, segun lo anotado por Bart. en la repet. á la l. 9. cuest. 3, segunda cuest. principal. D. *de just. et jur.*, y en los propios términos lo manifiesta Alex. consil. 205 *visis his, quœ narrantur in themate*, vol. 2. ¿Y si algunos están ausentes, bastará el que se les cite, y en caso que no comparezcan, se podrá efectuar sin ellos? Parece que sí, á tenor de lo anotado en la l. 10. D. *de pact.* — * A juicio de algunos escritores será circunstancia esencial para la legitimidad de la espera, que los acreedores que intervienen con su voto, funden su derecho en escritura pública: hallamos esta restriccion muy conforme con el espíritu de la ley, pues que de otra suerte, el deudor podia fácilmente perjudicar á sus acreedores lejítimos por medio de su-

señalado (25), a que les pagasse; si todos non se acordassen en vno a otorgarselo, aquel plazo deue auer, que otorgare la mayor parte (26) dellos, maguer los otros non gelo quisiessen otorgar. E aquellos, dezimos, que se deue entender que son mayor parte, que han mayor quantia en los debdos. E si fuesse desacuerdo entre los vnos, queriendo otorgarle el plazo, e los otros, diziendo que gelo non otorgarian, mas que pagasse, o desamparasse los bienes; estonce, si fueren yguales en los debdos, e en quantidad de personas, deue valer lo que quieren aquellos quel otorgan el plazo: porque semeja, que se mueuen a fazerlo por piedad que han de el. E si por auentura fuessen eguales en los debdos, e desiguales en las personas, aquello que quisiere la parte do fueren mas personas, esso deue valer.

LEY 6. *Como, quando alguno es debdor de muchos, e les ruega que le esquiten algo, e los vnos lo otorgan, e los otros non; qual razon deue ser cabida.*

Rogando el debdor (27) a aquellos a aquien deuiesse algo, ante que les desamparasse sus bienes, que le quitassen alguna partida de lo que les deuia, e que les pagaria lo otro; si por auentura fuesse desacuerdo entre ellos, queriendo los vnos quitarle alguna cosa, e los otros non, aquello deue valer (28), e ser guardado, en razon del quitamiento (29), pues en todas las cosas, que diximos en la ley ante desta, en razon del plazo que pidiesse. E aun dezimos, que maguer alguno de aquellos a quien deuiesse algo, non estuuiesse delante (30), quando los otros le quitas-

posiciones de créditos mas ó menos antiguos. Se dirá tal vez que nada se adelanta en este punto, porque al deudor le es fácil suponer nuevos créditos mediante escrituras públicas; pero no pudiendo estas antedatarse, es mucho mas facil reconocer el fraude cuando exista. Lo dicho tiene lugar sin disputa cuando existe algun acreedor con escritura pública: ahora, si todos se fundaren en documento privado, parece que ninguno de ellos puede objetar á los demás la insuficiencia del título. Sin embargo, opinamos que la oposicion de uno solo impedirá la concesion de espera: la ley requiere el voto de la mayoría; y si bien no exige que se abra un juicio donde esta mayoría legitime su derecho, no es probable que en su intencion fuese bastante el frágil justificativo de las escrituras privadas.

(24) Por lo que esto se verifica á peticion del deudor, y no en beneficio de los acreedores: y de consiguiente si el deudor trata de hacer cesion, y los acreedores se oponen, dándole á este fin una dilacion, no deben ser oidos, segun sientan comunmente los DD. en d. l. últ. C. *qui bon. ced. poss.*, los cuales están de conformidad con la Glos. en la palabra *detur*, y en la palabra *inducias*. —* A mas de las esperas que dimanan de la voluntad de los acreedores se conocian otras bajo el nombre de moratorias: concedíalas el príncipe ó su consejo, l. 33. tít. 18. Part. 3. y l. 15. tít. 1. lib. 15. Nov. Rec. Pero por real decreto de 21 de marzo de 1834 se dispuso que no se diera curso á las solicitudes de esta naturaleza.

(25) La l. últ. de la cual esta se ha tomado, habla de un plazo de cinco años, como dando á entender que ella no autoriza un plazo mayor. Los DD. no tocan allí esta cuestion; sino que hablan simplemente del quinquenio, de conformidad con d. l. Empero esta ley de Part. no hace mencion del quinquenio; lo que debe notarse: pues de ello se infiere que tendrá lugar esta disposicion, aunque se conceda mayor plazo por los acreedores, segun se manifiesta aquí, y mas abajo cuando dice: *Aquel plazo deue auer*, etc.

(26) Concedido este plazo, no podrá el deudor hacer cesion de bienes, la Glos. y comunmente los DD. en d. l. últ., Ang. y los modernos en la l. 14. §. 1. D. *solut. matr.* Empero, transcurrido el plazo, se encarcelará al deudor; de lo contrario quedarian engañados los acreedores. ¿Estará obligado á dar fiadores para asegurar el pago de las deudas antes que concluya el plazo, cual lo establece para ciertos casos la l. 4. C. *de prec. Imper. off.*? Alberic. en d. l. últ. C. *qui bon. ced. poss.* sostiene la negativa; opinando allí lo contrario Paul. de Castr., en el caso que pueda dar fianza; de lo contrario, dice, prestará la caucion juratoria junto con la estipulacion penal: lo que no acomoda, por no exigir esta ley, ni otra alguna, semejante fianza. Téngase pues presente la decision de Alberic. la que está conforme con el parecer de Alex. en d. consil. 205. vol. 2.

(27) Esta ley desaprueba la opinion de la generalidad de los DD. en la l. 7. §. 18. D. *de pact.*, á saber, que d. l. solo tenia lugar respecto del deudor difunto, en cuanto los acreedores podian reconvenir al heredero. Sin embargo, Fulgosio sostenia lo que se dispone en esta ley, v. Jas. en d. §. 18. —* Véase la adicion á la glos. 23.

(28) Esceptúese el caso en que la mayoría que remite se compusiere de parientes del deudor, ó de otra suerte sospechosos, segun Bald. siguiendo á Guillel. en d. l. 7. §. últ. D. *de pact.*, donde puede verse Jas. en la séptima limitacion.

(29) Esceptúese el caso en que se condonare

sen alguna partida del debdo; que con todo esso deue valer lo que fizieren, e non lo puede reuocar aquel solo. Fueras ende, si la quantia que el deuia auer del debdo, fuesse mayor (31) que la de todos los otros: ca estonce non empeceria lo que sin el fiziessen. E otrosi dezimos, que si algunos que ouiessen a recebir algo de su debdor, le quitassen alguna partida del debdo, e non fuesse y presente (32), quando fiziessen este quitamiento, alguno otro, a quien fuesse obligada señaladamente alguna partida (33) de los bienes del debdor, o touiesse alguna cosa suya señaladamente en peños, que le non empeceria el quitamiento que los otros le fiziessen. Ca en saluo le finca todo su derecho en aquellos bienes que fuessen obligados o empeñados. (34)

LEY 7. *Como, si el debdor enagena sus bienes, a daño de aquellos a quien deuiesse algo, que se puede reuocar tal enagenamiento.*

Personal debdor (35) dezimos que es aquel, quando la persona tan solamente es obigada por

toda la deuda, segun los DD. en la cit. l. 7. §. últ. D. *de pact.*

(30) ¿Será menester la citacion de los ausentes? La comun opinion de Bart. y otros está por la afirmativa, en la l. 10. D. *de pact.;* á pesar de sostener allí lo contrario Ang., Fulgos.; Paul. de Castr. y Jas.

(31) Añád. la Glos. en la l. 10. en la palabra *creditorum* D. *de pact.*

(32) Y si el acredor hipotecario estuvo presente con los demás acreedores, quienes eran meramente quirografarios, ¿le perjudicará la resolucion de la mayor parte, si él la contradijo? Así parece deducirse de esta ley *á contrario sensu;* empero decido lo contrario á tenor de la l. últ. C. *qui bon. ced. poss.* y allí la Glos., pues la razon que se da para que no queden perjudicados los acreedores hipotecarios ausentes, milita tambien respecto de los presentes: viene en apoyo de lo dicho la l. 10. vers. *hæc enmi omnia* D. *de pact.* y allí Bald.

(33) Lo mismo diremos respecto de todos los bienes, l. 10. D. *de pact.*

(34) ¿Qué diremos si no tuviese peño ni hipoteca, pero sí fiador? V. l. 58. §. últ. D. *mandat.*, Paul. de Castr. en d. l. 10., y Jas. en la l. 7. §. 19. limit. 6. D. *de pact.*

(35) Tratan esta ley y siguientes hasta el fin del tít., de la enagenacion que se hace en fraude de los acreedores: véase sobre el particular Bald. en la rúbr. C. *de revoc. his, quæ in fraud. alien. sunt,* y latamente Juan Fabr., Ang. y Jas. en el §. 6. Instit. *de act.* Nótese en particular, que no se revoca la verdadera enagenacion hecha en fraude de los acreedores futuros, á no ser que con el dinero de estos hayan sido satisfechos los primeros, ll. 16. y 10. §. 1. D. *quæ in fraud. credit.* y allí Bart., l. 4. C. *de privil. fisc.*, y l. 9. C. *de bon. proscript.*, ó bien que al tiempo de la enagenacion hubiese ya el intento de perjudicar á dichos acreedores futuros, segun la auth. *sed jam necesse,* C. *de donat. aut. nupt.*, y lo que manifiesta Juan de Plat. en la l. 1. C. *de jur. fisc.*, y v. Bald. en el lug. cit. vers. *quæro, pone cum concepissem.* Añádase tambien, que pueden pedir los acreedores, que sea conducido á la cárcel el deudor que enagena, hasta que indique las personas á favor de las cuales hizo las enagenaciones, segun Juan Andr. en las adic. al Specul. tít. *de reb. eccles. non alien.* sobre la parte *alienatore.*— *Trata esta ley de Part. de la enagenacion hecha en fraude de los acreedores. En la primera parte se ocupa del deudor que enagena la totalidad de los bienes, cuando el juez ha mandado hacer entrega de ellos á los acreedores: en este caso la ley presume la mala fe de parte de semejante deudor, y de consiguiente no deberán probarla los acreedores; pero ¿deberán probar que la tuvo el adquirente? la ley no lo espresa; al contrario dispone en términos absolutos que la enagenacion se revoca; á lo que se agrega que mas abajo, y como por contraposicion, exige dicha prueba, si la enagenacion es parcial y á título oneroso; y por fin, no puede dejar de presumirse en mala fe el que contrata con semejante deudor, cuyo estado ha de ser público. Otra cuestion se ofrece sobre la misma parte de la ley, á saber, si se revocará la enagenacion total hecha por el deudor antes del mandamiento de ejecucion; parécenos que la ley habló por via de ejemplo, y de consiguiente que tambien tendrá lugar la revocacion en este caso, si bien será menester probar que hubo mala fe de parte del deudor: y tambien de parte del adquirente, si la enagenacion es á título oneroso: de otra suerte la ley hubiera llenado una pequeñísima parte de su objeto: los créditos persónales quedaban á merced del deudor, mientras no hubiesen llegado los acreedores al término del litigio.—En la segunda parte trata la ley de las enagenaciones parciales á título lucrativo, y tambien las declara revocables sin distincion. No será menester en este caso que haya sido partícipe del fraude el adquirente: la ley no espresa esta circunstancia, al paso que la exige cuando el título es oneroso; en lo que está conforme con el derecho romano: si bien se halla en desacuerdo con la l. 12. la que para revocar el quitamiento de una deuda, hecho maliciosamente por el deudor, re-

el debdo, e non los bienes (36). E tal debdor como este, acaesce a las vegadas, que despues (37) que és condemnado en juyzio, que pague las debdas, e ha mandado el Judgador fazer entrega de los bienes del, que los enagena todos (38), porque non puedan fallar (39) de lo suyo, de que entreguen a aquellos que lo deuen auer. E porende dezimos, que tal enagenamiento como este pueden reuocar, aquellos que deuen ser entregados en ellos, desde el dia que lo supieren fasta un año (40). Porque se da a entender, que pues que todo lo suyo enagena desta manera, que lo faze maliciosamente, e con engaño. Esso mesmo dezimos que seria, si tal debdor diesse en su vida (41), o mandasse en su testamento alguna cosa de las suyas a otro. Ca, si de lo que finca non pudiessen ser entregados, e pagados, aquellos a quien deuiesse algo, que se puede reuocar

quiere que aquel á quien se quitó sea sabedor del engaño. Pero ¿será menester que esté en mala fe el deudor, en el mismo caso de enagenar á título lucrativo? No lo hallamos espreso, escepto por lo que mira al quitamiento; á no ser que se diga, que esta ley en su segunda parte camina bajo el mismo supuesto de ser enagenacion posterior al mandamiento de entrega de los bienes del deudor á los acreedores, en cuyo caso no puede dejar de existir la mala fe del deudor.—En la última parte se ocupa la ley del deudor que enagena alguna cosa á título oneroso: aquí exige que se pruebe la mala fe del adquirente, ó lo que es igual, que este no ignoraba que el deudor procedia maliciosamente ó con engaño: es decir, que debe hacerse constar la mala fe de entrambos, y á la verdad no cabe probar que el adquirente era partícipe del fraude del deudor, sin hacer constar ante todo este fraude.

(36) Añád. la l. 11. tít. 14. de esta Part.

(37) Espresa por via de ejemplo este caso, que es el que presenta con mas evidencia el fraude; en efecto, lo mismo tendremos, si enagena antes todos los bienes, teniendo acreedores: sin embargo no pueden estos pedir la revocacion, sin que haya precedido la sentencia del juez, y los mismos sean puestos en posesion de los bienes; los que no existiendo, ó no siendo suficientes, tendrá entónces lugar dicha revocacion, segun el §. 6. Instit. *de act.*

(38) Añád. l. 17. §. 1. D. *quæ in fraud. credit.* y la palabra *enagena*, se entiende aunque sea con título oneroso, segun la Glos. y Bart. en la l. 6. D. *de probat.* glos. 1. hácia el fin, l. 27. en la palabra *modum* D. d. tít. y allí Bart., y d. §. 1. Y entiéndase cuando la venta de todos los bienes se hubiese verificado por un precio muy ínfimo; pero nó si se dieron por un precio regular, segun Juan de Imol. en la l. 15. D. *de donat.* col. 1. y Jas. en d. §. 6. col. 5. Instit. *de act.*: lo mismo que de todos, deberá decirse de la mayor parte de los bienes, la glos. singular de la l. 34. §. 1. D *de legat.* 3., y la l. 1. C. *si quid in fraud. patron.* y allí Bald. cuest. 3. Y puesto que esta ley habla en general, entiéndase, ya sea que se enagenen todos ó la mayor parte de los bienes juntamente, ya en distintos actos, segun Bald. en la l. 1. col. últ. C. *qui. bon. ced. poss.*, Bart. siguiendo la Glos. en d. §. 1., y Jas. en el cit. §. 6. col. 6., y añád. Bald. y Jas. en la l. 2. C. *de repud. hæred.*

(39) Aunque esto no se probase, se deduciria de semejante enagenacion de todos ó la mayor parte de los bienes, segun se espresa en esta ley, y mas claramente en la cit. l. 1. D. *quæ in fraud. cred.*, y mas abajo en esta misma ley allí, *porque se da á entender.*

(40) Añád. la l. 1. D. *de cess. don.*, y l. pen. C. d. tít.; y aun despues de un año respecto de lo que hubiese lucrado, l. 10. §. pen. D. *quæ in fraud. cred. alien. sunt*, ó que dejó de obtener por dolo, y véanse los ej. que pone allí Bald. Empero, este año es útil: por lo que empezará á correr desde el momento en que se tenga noticia de la enagenacion, segun esta ley; y tal vez se entenderá tambien desde el tiempo de la escusion hecha en los bienes del deudor, segun declaran Alberic. en la l. 10. §. 18. D. *quæ in fraud. cred. alien. sunt*, y Juan Fabr. y Ang. en el cit. §. 6.: que dicho año debe ser útil, lo demuestra la l. 1. D. *de cess. bon.*, y lo sostiene Az. en la suma C. de tít. col. 1.

(41) Si se entiende de las donaciones por causa de muerte, procede sin dificultad: pues tanto en estas, como en los legados que han de revocarse, solo se atiende al resultado, prescindiéndose de la intencion; pues que deben pagarse de lo que resta deducidas las deudas, l. 22. §. 5. C. *de jur. delib.*, y l. 6. §. pen. D. *quæ in fraud. cred.* empero, si la donacion es entre vivos, se requiere que haya fraude por parte del deudor donante, aunque no se exija por parte del donatario, segun Az. en la suma C. d. tít. col. 2., y la Glos. en el cit. §. 6. Instit. *de act.*, donde alegan la l. pen. C. *de revoc. his quæ in fraud. cred. alien. sunt*, y l. 6. §. 3. D. d. tít., y lo prueba mejor el §. 3. Instit. *qui et ex quib. caus. manum. non poss.*, señalando los DD. la razon de la diferencia; á saber, que cuando se enagena ó se dona entre vivos, media la esperanza de hacer fortuna; lo que no tiene lugar en las últimas voluntades. Adviértase sin embargo, que, segun esta ley de Part., parece deberá decirse lo mismo de la donacion entre vivos, que de las últimas voluntades; esto es, que tan solo se

tal donacion o manda, en la manera, que de suso diximos. E si por auentura aquella cosa non la enagenasse, dandola o mandandola en su testamento, mas la vendiesse, o la canmiasse, o la diesse en dote (42), o a peños; estonce dezimos, que si pudiesse ser prouado, que aquel que rescibiesse la cosa en alguna destas maneras sobredichas, sabia (43) que el debdor fazia este enagenamiento maliciosamente, o con engaño (44), que puede ser reuocado, fasta aquel tiempo que de suso diximos. Fueras ende, si aquel que ouiesse por alguna de las razones sobredichas recebida la cosa, fuesse huerfano. Ca este atal non seria tenudo de la tornar, si non le diessen (45) lo que auia dado por ella, maguer le prouassen que era sabidor del engaño. Mas si el engaño del enagenamiento non fuesse prouado, assi como sobredicho es, o non fuesse fecha demanda sobre el fasta aquel tiempo que de suso diximos, non lo podria despues demandar que se quitasse por esta razon.

LEY 8. *Como la compra que es fecha de los bienes del debdor, contra el defendimiento de aquel cuyo debdor es, se puede reuocar.*

Atreuense algunos omes a comprar las cosas de aquellos que son debdores de otri, maguer que lo defiendan aquellos que han a recebir las debdas, o sus personeros, o sus mayordomos. E porende dezimos, que en tal razon como esta (46), o en otra semejante della, si los otros bienes que fincan del debdor, non cumplen a pagar la debda, que se puede reuocar tal enagenamiento, fasta el tiempo que diximos en la ley ante desta.

LEY 9. *Como el que es debdor de muchos, si faze la paga al vno, non se puede reuocar.*

Ama a las vegadas el que es debdor de muchos, mas el pro del vno, que de los otros: e po-

atiende al hecho de ser defraudados, los acreedores, aunque no se justifique haber sido tal la intencion del deudor: y así como la ley presume intervenir fraude, cuando se enagenan todos los bienes; se entenderá este, á tenor de la misma, cuando el que tiene acreedores, hace donacion entre vivos, sea cual fuere el valor de esta; ó á lo menos quiere nuestra ley, que en esta parte se considere únicamente el resultado; y lo propio parece deberá decirse, atendido el derecho comun: en efecto la l. pen. C. *de revoc. his quæ in fraud. cred. alien. sunt.*, si bien se mira, no exige que medie fraude por parte del donante, sino que tan solo atiende al perjuicio: y lo propio se deduce de d. l. 6. §. 3. D. *quæ in fraud. cred.*: acerca d. §. 3. Instit. *qui et ex quib. caus.*, puede decirse que procede en beneficio de la libertad: esto se manifiesta tambien en la l. 37. tít. 13. de esta Part., pues si se manumite un esclavo dado en prenda bajo la general obligacion de bienes, no vale la manumision, si estos no son suficientes para el pago; y de consiguiente tan solo se exige allí que los acreedores hayan sido perjudicados: este parece ser tambien el sentido de la l. 2. C. *de serv. pign. dat. manum.*, por mas que Az. en la suma C. *de revoc. his quæ in fraud. alien. sunt*, alegue d. l. para probar que en las cosas que se enagenan por título lucrativo, se requieren el evento y la intencion de defraudar por parte del deudor.

(42) Luego la dote es un título oneroso, segun esta ley: lo que debe entenderse por parte del marido; pues respecto de la muger, se llama lucrativo: añád. ll. 1. y 10. §. 14. D. *quæ in fraud. cred.*, y l. 3. C. *de revoc. his quæ in fraud.*, y v. Salic. en la l. 5. C. d. tít., y Jas. en el cit. §. 6. Instit. *de act.* col. 4.

(43) En las enagenaciones que se verifican por título oneroso, se requieren tres cosas; á saber, fraude por parte del que enagena, que sea sabedor de ello el que recibe, y además que los acreedores hayan salido perjudicados, segun esta ley, la l. pen. C. *de revoc. his quæ in fraud.* y d. §. 6. Instit. *de act.*: ni bastaria que el comprador supiese que el vendedor tenia acreedores, l. 10. §. 2. D. *quæ in fraud. cred.* ¿Y si el que debe á una ciudad, enagena por título oneroso, será necesario que el adquirente sea partícipe del fraude? V. l. 2. y allí Bart. C. *de debit. civit.*, y Jas. en d. §. 6. col. 5., donde se espresa que no, por favor especial de la ciudad.

(44) Se presume cometer fraude, desde que sabe que tiene deudas, y que sus bienes no alcanzan á satisfacerlas, l. 15. y allí Bart. D. *quæ in fraud. cred.*, y Jas. en el §. 6. Instit. *de act.*

(45) Así pues, tan solo quedará obligado en cuanto se haya hecho mas rico, segun la l. 10. §. 5. y l. 6. §. 10. D. *quæ in fraud. cred.*, y procede esto, aunque el menor haya llegado á la adolescencia, con tal que ignorase el engaño, por mas que lo supiese su curador, á tenor de d. §. 5.; y tal vez tendria lugar lo dicho, atendida la disposicion de esta ley, aunque el menor participase del fraude: lo que hay de especial aquí, es la restitucion del precio, pues en los demás casos no es menester, á tenor de las ll. 7. y 8. D. *quæ in fraud. cred.*, las cuales veánse.

(46) Aunque por otra parte nó conste la participacion del fraude, l. 10. y 3. D. *quæ in fraud. cred.*

rende acaesce, que ante que fagan entrega (47) en los bienes del, que paga su debdo a aquel a quien bien queria (48). E en tal razon como esta dezimos, que maguer los otros bienes que le fincan, non cumplan a pagar las debdas de los otros, que non le pueden apremiar, que torne (49) aquello que recibio en paga de mano de su debdor. Esso mismo dezimos que seria, si la paga fiziesse otrosi, ante que desamparasse los bienes. Mas si la paga fiziesse despues que fuesse fecha la entrega, o que desamparasse sus bienes (50), quier lo fiziesse de su voluntad, quier por premia (51) del Judgador; estonce bien la podrian demandar los otros debdores, al que la ouiesse recebido, e deue ser tornada, e ayuntada con los otros bienes que desamparo: e de si deuenlo partir todo entre los debdores, en la manera que diximos (52).

LEY 10. *Del debdor que se fuye de la tierra, porque non se atreue a pagar lo que deue.*

Fuyendose algun ome de la tierra, porque non

(47) Lo mismo será, antes que los bienes sean poseidos por los acreedores: así se declara en la l. 6. §. 7. D. *quæ in fraud. cred. alien. sunt.*, pues, habiéndose principiado dicha posesion, se igualan los derechos de los mismos; y de consiguiente si todos los acreedores han sido puestos en ella, entónces no podrá el deudor pagar solamente á uno de estos, segun se espresa en esta ley: y lo mismo deberá decirse, si uno solo ha sido puesto en la posesion de bienes en virtud del primer decreto, pues tambien se presume haberlo sido lo demás, segun la l. últ. C. *de bon. auct. jud. poss.*, atendido que no tiene lugar en la prenda pretoria aquella regla, *qui prior est tempore*, l. 12. D. *de reb. auct. jud. poss.* y allí Bart., y él mismo en d. §. 7., y lo mismo se espresa en la cit. l. últ., donde Paul de Castr. limita lo dicho, al supuesto que á un acreedor se le hubiese puesto en posesion todos de los bienes, porque así correspondia atendido el valor de sus créditos; pues, si existiesen otros bienes, la toma de posesion por parte de uno no aprovecharia al otro. ¿Se dirá, empero lo mismo, cuando despues de sentenciado el pleito, posee el acreedor como en prenda las cosas sobre las que se ha trabado la ejecucion, (de lo que habla el tít. del Cod. *si in caus. judic.*) y de consiguiente aprovechará á los demás acreedores, como en el caso de la prenda pretoria? Fueron varias las opiniones; Bart. en la l. 32. princ. col. últ. D. *de bon auct. jud. poss.* sostiene la negativa; diciendo que en la prenda por razon de lo juzgado, tendrá lugar la regla, *qui prior est tempore, potior est jure*, y lo mismo deberá decirse, segun él, si se tomasen prendas en fuerza de un instrumento que trae aparejada ejecucion; así lo defiende tambien Ang. en las ll. últ., 2. y 3. C. *qui potior in pign.*: empero Bald. y Salic. en la cit. l. últ. opinan lo contrario en el caso que otros acreedores obtuviesen semejantes fallos, ó instrumentos ejecutivos: este punto lo discute latamente Rodrig. Suar. en la repet. á la l. 56. fol. 158. vers. *ulterius nota*, D. *de re judic.*, pero sin elegir entre dichas opiniones: yo me inclino al parecer de Bald. en la cit. l. últ., pues el principal fundamento de la opinion de Bart., Ang. y Rodrig., consiste en que aquél que ha sido puesto en posesion en virtud de lo juzgado, posee; y esta posesion no puede traspasarla á otro; cuya opinion que fué la de Bart. en la l. 15. §. 4. D. *de re jud.*, se reprueba comunmente, y cita allí Alex. col. 8. y Dec. Consil. 400. col. 4. y de consiguiente deberá decirse lo mismo que respecto de la prenda pretoria: pues tambien se llama tal, la que se da en virtud de lo juzgado, ll. 1. y 2. C. *de præt. pign.*: con todo si aquel que tiene á su favor la sentencia ó instrumento guarentigio, pretende la ejecucion primero que otro que se halle en igual caso, será preferido á este, segun se espresa en la l. 11, tít. 14. de esta Part., y lo que allí dije. — * Véase al fin del apendice n. 1. á d. tít. 14.

(48) Así pues, habrá lugar á preferencia: sin embargo, parece probar lo contrario la l. 24. D. *quæ in fraud. cred.* Pero entiéndase á tenor de la Glos. allí, cuando entrambos acreedores instaban el cobro de sus créditos: entónces cesa el arbitrio del deudor, segun la l. 6. §. 1. D. *de reb. auct. jud. poss.*; lo contrario tendriamos si uno solo instaba el cobro, segun esta ley, ó si instando algunos, pagase el deudor á uno solamente, por mandato del Juez, l. 6. §. 6. D. *quæ in fraud. cred.*, y añádase lo que dije en la l. 7. tít. 6. part. 6. en la glosa sobre la palabra *que deudas*.

(49) Entiéndase, si no hay otros acreedores mas privilegiados, segun la l. 52. D. *de pecul.*, y v. Bart. en la l. 24. D. *quæ in fraud. cred*; procederá pues nuestra ley, habiendo igualdad entre los acreedores, v. Bart. allí., Paul. en la l. 1. §. *plures* hácia el fin D. *de tributor.*, y Ang. en d. l. 24. y en las dicisiones Napolitanas, Matth. de Afflictis, núm. 190. que empieza *pulchrum fuit dubium*.

(50) Pues entónces no le compete facultad alguna para pagar; sino que el pago debe verificarse con autoridad del juez, segun la l. 2. de este tít. de Part.

(51) Nótense estas palabras; pues otra cosa seria antes de la cesion ó posesion de bienes, á tenor de la l. 6. D. *quæ in fraud. cred.*

(52) La l. 2. de este tít. de Part.

pudiesse pagar las debdas que deuia; si alguno de aquellos a quien deuia algo, sabiendo que se yva assi, fuesse en pos el con entencion de recabdarle, e de tomarle lo que lleuaua; si se fallassen como en yermo, o en logar que non ouiesse Merino, o Juez; estonce bien lo podria el por si mismo (53) recabdar, a el, con todo quanto leuasse (54) consigo. Mas si lo fallasse en logar do ouiesse Juez, o Merino, estonce non lo deue recabdar el por si, mas deuelo dezir al Juez del logar, que gelo recabde; e el deuelo fazer. E todo aquello que le fallaren puedelo retener para si, por razon de la debda que le deuia, fasta en aquella quantia que montaua lo que le auia a dar. E non es tenudo de recodir con ello (55) a los otros debdores. Mas si fallasse mas, de quanto montasse su debdo, estonce, lo demas deuelo dar a los otros, cuyo debdor era.

LEY 11. *Como la cosa del debdor, que es enagenada engañosamente, deue ser tornada con los frutos della.*

Tornada deue ser la cosa, que algun debdor enagenasse maliciosamente, faziendo engaño a aquel cuyo debdor era, en el estado (56) que estaua ante que fuesse enagenada, con los frutos (57) que auia sobre si, a la sazon que la enageno, e con los otros que salieren della (58), desde el dia que fue demandada en juyzio (59), fasta que sea dada sentencia (60) contra el que fuesse tenedor della. Sacadas ende las despensas, que fuessen fechas en razon de los frutos (61), o por me-

(53) Añád. la l. 10. §. 16. D. *quæ in fraud. cred.* la Novel. 8. cap. 9. y allí Bart., y en d. §. 16. Al deudor que huye se le puede detener antes del dia en que deba verificar el pago, v. Bald. en la l. 1. C. *de condict. ex leg.*, y en la auth. *Imo* C. *de act. et oblig.* ¿Qué diremos si despues de haber herido al deudor fugitivo, lo prendiese? V. Bald. en la auth. *sed omninò* col. 3. y 5. C. *ne uxor pro marit.* ¿Y si está pronto para fugarse, pero aun no lo ha verificado? V. Bald. en la l. 11. C. *de pign. act.*, y Juan de Plat. en la l. 2. C. *de exact. tribut.*, donde pone cuatro requisitos necesarios para prender al deudor fugitivo, ó sospechoso de fuga: y trata tambien allí si estando uno obligado á cierto colegio, podrá ser detenido por cualquier individuo de este, y véase al mismo en la l. 17. C. *de decurion.* ¿Estará facultado cualquier ciudadano para prender al deudor público que huye? V. Juan de Plat. en la ley 54. C. *de decurion.* Respecto del colono ó vasallo que se fuga, véase al mismo en la l. 14. C. *de agric. et censit.*, y l. únic. C. *de colon. palest.* Acerca del deudor fugitivo que se defiende, añád. Bald. en la ley *si de vi* C. *ad leg. Cornel de sicar.*, y Felin. en el cap. 1. col. 8. *de judic.* Tocante al clérigo que huye, véase al propio Felin. en el cap. *cum non ab homine*, *de judic.* col. 1. 2. y 3., y señaladamente á Alex. consil. 64. vol. 3, donde se trata de si procederá esta ley respecto del deudor contra quien se puede intentar una accion real, y de otros casos relativos á la misma ley, y v. estensamente Jas. en la l. 22. col. 2, 3 y 4. D. *si cert. pet.*, y lo anotado por Andr. de Iser. en el §. *si quis vero*, el 1, *de pac. jur. firm.*

(54) Sin embargo debe presentar al juez las cosas tomadas: v. Bald. en la auth. *sed omnino* C. *ne uxor pro marit.*, Andr. de Izer. en d. §. *si quis vero*, *de pact. jur. firm.*, donde Bald. siguiendo la Glos. espresa que hasta el mismo deudor aprehendido debe ser conducido ante el juez, l. 25. princ. D. *ad leg. Jul. de adulter.*

(55) Limítese y entiéndase del caso en que prendiere al deudor fugitivo, antes de haberse apoderado de los bienes los acreedores, á tenor de la l. ant., y así lo declara tambien d. §. 18 l. 10. D. *quæ in fraud. cred.* de la cual esta se ha tomado.

(56) Añád. la l. 1. §. 1., l. 10. §. 19., y l. últ. §. 4. D. *quæ in fraud. cred.* y hace al caso la l. 24. §. 4. D. *de minor.*

(57) Véanse á mas de las cit. ll., la l. 44. D. *d. rei vind.*, l. 13. §. 10. D. *de act. empt.*, y en particular la l. 9. D. *ad leg. Falcid.* y allí la Glos. y Paul de Castr.: tocante á los frutos no percibidos de las cosas sujetas á restitucion, v. Paul. de Castr. en la l. 18. D. *ad Trebell.*

(58) Y hasta con los que pudieron percibirse, á tenor de d. §. 19, ya por el actor, ya por el que hizo el fraude, segun fuere mas útil al actor, l. 5. C. *de rei vind.*, l. 1. C. *de petit. hæred.* y Ang. en el cit. §. 19. donde comenta esto respecto de los militares y rústicos: y espresa allí el propio Ang. que debe ser cauto el abogado, tratándose de los frutos percibidos, pues á no ser que conste la percepcion de los mismos, no ha de ser condenado el reo, aunque se haya justificado que verosimilmente pudo obtenerse tanta cantidad; alega Jacob. de Aret. en la l. 17. C. *de rei vind.*, pero será suficiente tal prueba, segun él, respecto de los frutos que no se demandan como percibidos, sino porque pudieron conseguirse.

(59) Esto es, desde la contestacion del pleito, así lo espuso Alberic. siguiendo á Din. en la cit. l. últ. §. 4. D. *quæ in fraud. cred.*

(60) Y aun hasta la restitucion de la cosa, l. 22. C. *de rei vindic.*, y l. 39. tit. 28. Part. 3.

(61) No puede ocurrir caso alguno que impida esta especie de deduccion, por mas que el poseedor sea de mala fe, y aun cuando hubiese cometido despojo, l. 51. princ. D. *famil ercisc.*: y en el caso que los frutos no hubiesen podido

joramiento (62) que fuesse fecho en la cosa enagenada. Mas los frutos que saliessen della, desde el dia que fuesse enagenada, fasta el dia que la començaron a demandar en juizio, deuen fincar al que compro la cosa.

LEY 12. *Como deuen ser reuocados los quitamientos, que fazen los omes a sus debdores maliciosamente.*

Maliciosamente itan a las vegadas, omes y ha, las debdas que les deuen, por fazer engaño a aquellos cuyos debdores son ellos. E porende dezimos (63), que ningun quitamiento que estos atales fiziessen a sus debdores, non deue valer, si fueren sabidores del engaño (64), aquellos a quien quitan el debdo. E si por auentura, este que fiziesse el quitamiento engañosamente, sobre aquel debdo que quiere quitar al debdor principal, e tiene otro por fiador de aquella debda misma; si quita el debdo al fiador, seyendo sabidor (65) deste engaño, e el debdor principal non es sabidor (66) dello; estonce non vale el quitamiento, quanto es en la persona del fiador: ante dezimos, que es tenudo de pagar todo el debdo, si le fallaren de que lo puede pagar; e si non, estonce puede demandar al debdor (67) principal, aquello que non pudiere ser pagado de los bienes del fiador. Otrosi dezimos, que si quitassen el debdo al debdor principal, seyendo sabidor del engaño, e el fiador non lo sopiesse, estonce finca el fiador quito de la debda (68): e es tenudo el debdor de la pagar, tambien como si non gela ouiesse quitada.

percibirse sin la defensa ó custodia de una fortificacion por estar quizás situados los fundos en el territorio donde se hacia la guerra, los gastos ocasionados por razon de tal custodia, ó defensa se entenderán hechos por causa de la adquisicion de los frutos, segun Ang. en la cit. l. 10. §. 19. D. *quæ. in fraud. cred.*

(62) Añád. d. §. 19. junto con la Glos. allí, y la l. 43. tít. 28. Part. 3.

(63) Trae su orígen de la l. últ. 1. respons. D. *quæ in fraud. cred.*, y de lo anotado por Az. en la Suma C. d. tít. col. últ. vers. *item datur contra eum ex acceptilatione.* Y sépase para la mayor inteligencia de esta ley, que la acceptilacion hecha al reo, aprovecha al fiador, á tenor de la l. 1. del tít. anter., y tambien la que se verifica con este, es útil al reo, que ya estaba obligado, segun la l. 13. §§. 7. y 9. D. *de accept.* y allí Bart., l. 5. D. *de liber. legat.* y allí el propio Bart., y l. 14. D. *quod. met. caus.* Además, allí donde esta ley dice *E si por auentura*, entiéndase bajo el supuesto de haberse dado quitamiento en virtud de causa onerosa, bajo esto supuesto no ofrece dificultad lo que ella espresa.

(64) Entiéndase, cuando el quitamiento proviene de causa onerosa, pues si fuese lucrativa, no seria necesaria tal noticia, segun la l. 7. de esta Part.

(65) Entiéndase, si se dió, el quitamiento en fuerza de causa onerosa, á tenor de lo que dije y así lo declara Ang. en la cit. l. últ. princ. D. *quæ in fraud. cred.*

(66) Y la causa era onerosa: pues siendo lucrativa, no valdrá con mayoría de razon.

(67) Pues recibe en fuerza de una donacion, segun decide el jurisconsulto en la l. últ. 1 respons. D. *quæ in fraud. cred.*, atendido que, si bien la acceptilacion proviene de causa onerosa respecto del fiador, se considera esta lucrativa por parte del deudor á quien aquella aprovecha, y de consiguiente queda este obligado en cuanto se ha hecho mas rico, aunque lo ignorase. Y adviértase que lo dicho procede en el caso que el fiador no pueda dirigirse contra el deudor por medio de la accion *mandati*; por ej. si aquel afianzó con ánimo de hacer donacion; pues si pudiese demandar lo que pagó, se requiriria que el deudor fuese sabedor, ó partícipe del fraude, conforme declara Ang. en d. l. últ., fundándose en que entónces no recibe en virtud de donacion. Empero ó no concibo el modo de pensar de Ang., ó su decision no puede proceder en este caso: pues ¿como podrá el fiador repetir del deudor lo que él mismo no satisfizo? Disponiéndose en esta ley que pague el deudor lo que no puede conseguirse del fiador, procederá aunque el primero jamás haya sido partícipe del fraude: cuya ley deberá entenderse, como dije, aunque la acceptilacion se haya hecho respecto del fiador por causa onerosa: pues si fuese lucrativa, no hay duda que el deudor obtendria en virtud de esta lo que no pudó alcanzarse del fiador, á tenor de la l. 12. princ. §. últ., y l. 10. D. *de mandati.*

(68) Puesto que si bien no se irroga perjuicio, tampoco se obtiene lucro, á tenor de la cit. l. últ., 1 respons.: lo que procede, segun el espíritu de nuestra ley, y de la cit. l. últ., 1 respons. aunque el deudor fuese insolvente: cuyo caso es singular, y debe tenerse presente.

FIN DE LA QUINTA PARTIDA.

TABLA

DE LOS TÍTULOS Y LEYES DE LA QUINTA PARTIDA.

Aqui comienza la quinta Partida de este libro, que fabla de los Emprestidos, e de las Vendidas, e de las Compras, e de los Cambios, e de todos los otros pleytos, e posturas que fazen los omes entre si, de qual natura quier que sean, la qual contiene 15 *Titulos. Item* 374 *Leyes.*

TITULO IX.

TITULO XII.

TITULO XIII.

De los peños que toman los omes muchas vegadas, por ser mas seguros, que les sea mas guardado, o pagado, lo que les prometen de fazer, o de dar. 293

AQUI COMIENZA
LA SEXTA PARTIDA
DESTE LIBRO:

Que fabla de los Testamentos, e de las Herencias.

Sesudamente, dixeron los Sabios antiguos, que passan su tiempo, aquellos que biuen faziendo bien su fazienda, tomando guarda en las posturas, e en los pleytos, que ponen unos con otros. Mas mayormente tuuieron, que auian grand seso, los que al su finamiento sabian ordenar (1), e poner lo suyo en tal recabdo, de que ellos ouiessen plazer (2), e fiziessen pro de sus animas (3), e fincaua despues de su muerte lo suyo sin dubda, e sin contienda (4) a sus herederos. Onde, despues que en la quinta Partida deste libro fablamos de todas las posturas, e pleytos, e conueniencias, que los omes fazen entre si en su vida, queremos aqui dezir de los testamentos que fazen a su fin; porque esto es encerramiento de su fecho. E de si diremos de las herencias, que los otros heredan dellos, despues que mueren, tambien por testamento, como por manda, o por otra manera qualquier. Otrosi mostraremos, de como los huerfanos, e los niños chiquitos, e sus cosas deuen ser guardadas, e puestas en recabdo, despues de la muerte de sus padres. E de todas las otras cosas que pertenescen a estas razones.

TITULO I.

DE LOS TESTAMENTOS.

Testamento es vna de las cosas del mundo, en que mas deuen los omes auer cordura (5) quando lo fazen: e es, por dos razones. La vna, porque en ellos muestran, qual es la su postri-

(1) *Utinam saperent, et intelligerent, ac novissima providerent,* Deuteron. cap. 32. vers. 29; nótese sin embargo que todo testamento, se presume hecho con prudencia, y así debe conjeturarse, arg. l. 85. al fin D. *de hœred. instit.*, y nótalo Bald. en la l. pen. col. 1. C. *de impub. et aliis substit.*

(2) Pues queda mas tranquilo el ánimo del testador despues de otorgado al testamento, l. 1. tít. 1. de esta Part.

(3) Pues se dispone en el testamento, que se paguen las deudas del testador, se satisfagan las injurias hechas por él, y tambien se lega á favor de su alma, l. 102. tít. 18. Part. 3.

(4) Esta fué una de las causas de permitirse los testamentos, segun Guillelm. Bened. en la repet. al cap. *Raynutius*, *de testam.* sobre la palabra *testamentum*, 1. col. 3. donde alega otras razones: y añád. la l. 1. tít. 1 de esta Part. allí: *por el desacuerdo*: y los que contraen segundas nupcias, con dificultad pueden hacerlo á causa de las innumerables contiendas y riñas que se suscitan en el interior de la familia.

(5) De otra manera, esto es, si lo que disponen no estuviere conforme con la recta razon, se presumiria que se hallan en aquel acto en estado de enagenacion mental, á no ser que se pruebe lo contrario, segun la l. 27. D. *de cond. inst.* junto con la glos. en la palabra mentís y lo aprueban la l. 32. hácia el fin tít. 9. de esta Part. y C. 13. tít. 13. Part. 1.; por lo que, como dice Bart. en la cit. l. 27, debe tener mucha mira el escribano en estender formalmente las palabras del testador, á fin de que de ellas se colija si se hallaba en estado de sano entendimiento, añádase sobre el particular la l. 113. §. 5. D. *de legat.* 1.

mera voluntad. E la otra, porque despues que los han fecho, si se murieren, non pueden tornar (6) otra vez a endereçarlos, nin a fazerlos de cabo. Onde, pues que en el comienço desta Partida fezimos emiente dellos, queremos aqui dezir en este libro, de la guarda que deuen auer los omes, quando los quisieren fazer. E mostrar, que quier dezir testamento. Ea que tiene pro. E quantas maneras son del. E como deue ser fecho. E quales non pueden ser testigos en el. E como, e quien lo puede fazer. E quando, e por que razones se puede desatar. E que pena deuen auer los que embargan a los otros, que los non fagan.

LEY 1. *Que quiere dezir Testamento, e a que tiene pro, e quantas maneras son del, e como deue ser fecho.*

Testatio, et mens, son dos palabras de latin, que quiere tanto dezir en romance, como testimonio de la voluntad del ome. E destas palabras (7) fue tomado el nome del testamento. Ca en el se encierra, e se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo faze; estableciendo (8) en el su heredero, e departiendo lo suyo en aquella manera, que el tiene por bien que finque lo suyo despues de su muerte. E tiene grand pro a los omes el testamento, quando es fecho derechamente: ca luego fuelga el coraçon (9) de aquel que lo fizo, e tuellese por el, (*a*) desacuerdo que podria acaescer entre los parientes, que ouiessen esperança de heredar los bienes del finado. E son dos maneras de testamento. La vna es, a que llaman en latin, Testamentum nuncupatiuum, que quier tanto dezir, como manda que se faze paladinamente ante siete testigos (10), en que demuestra el que lo faze, por palabra, o por escri–

(*a*) el desacuerdo Acad.

(6) Pues la última voluntad persevera inmutable, 13.q.2.cap.4. cap. *cum Marthæ*, vers. *cæterum*, *de celebrat. Missar.*, l. 1. C. *de sacrosanct. Eccles.*; por lo que se considera como ley en la Novel. 22. cap. 2. vers. *disponat.*

(7) Vale pues el argumento sacado de la etimología de la palabra, segun esta ley, el principio de las Instit. *de testam.*, la l. 1. D. *de acquir. poss.* y allí Bart. y los DD., l. 1. D. *de furt.* y allí el propio Bart., el mismo en la l. 1. col. 3. D. *ad municip.* y Abb. en el cap. *cum secundum Apostolum* 5. notab. *de præbend.*, donde declara cuando procederá este argumento: añádase lo anotado por Alex, en d. l. iprinc. D. *de acquir. poss.* col. 7. de ahi es que dice Bald. en el cap. 1. D. *si quis de manso*, col. últ. *de controvers. invest.*. *etimologia est resolutio vocis in proprium effectum rei, quæ demonstratur*; lo que parece acertado; pues, como dijo Esau, respecto de su hermano Jacob, *justè vocatum est nomen ejus Jacob, supplantavit enim me*, Genes. cap. 27. vers. 36.

(8) Pues la institucion de heredero es lo principal, y el principio del testamento, §. 34. Instit. *de legat.*, y la suma del tít. 3. de esta Part.; el testamento que no contiene dicha institucion no subsiste, l. últ. D. *de jur. codicill.*, y el §. 1. Instit. *de fideicom. hæred.* En el dia empero á tenor de la l. 1. tít. 2. lib. 5. del Ordenam. Real, [L. 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.] valdrá el testamento, aunque no contenga semejante institucion.

(9) Nótese esta palabra.

(10) En el dia á tenor de la ley del Ordenam. del Rey D. Alonso, la que se manda observar en la l. 3. de Toro, bastan cinco testigos cuando el testamento nuncupativo se otorga sin escribano; interviniendo este, son suficientes tres. Con todo se exige en entrambos casos el que sean vecinos del lugar donde se hace; deben ser tambien mayores de toda escepcion, aun en el caso que espresa d. l., á saber, cuando por la falta de hombres no pueden hallarse mas de tres testigos: pues así debe entenderse y limitarse dicha ley ya que es estraordinaria, y disminuye el número de testigos, segun latamente demuestra Decio. consil. 105. *pro tenui facultate* etc. col. 2 y 3. donde alega muchas razones: entre otras el consejo de Pedro de Anchar. 178. *visis et diligenter inspectis*: si bien habla allí de un caso muy diferente. Si esta decision de Decio y otros que cita allí se entiende del testigo infame de derecho, ó de otro que tampoco puede serlo segun las ll. 9 y 10. de este tít. de Part., procederá sin dificultad. Empero respecto de otros que pueden intervenir como testigos en los testamentos, aunque no sean mayores de toda escepcion, segun lo anotado por la Glos. y Bart. en la l. C. *de Summ. Trinit. et fid. cathol.* col. 5., y lo que dije en la l. 8. tít. 16. Part. 3., la decision de Decio es muy singular, y debe tenerse presente; y conforme á dicha decision vi pronunciarse un fallo en la Real Audiencia sobre cierto testamento otorgado en lugar desierto, donde tan solo pudieron hallarse tres testigos, de los cuales el uno no era mayor de toda escepcion: empero yo he dudado siempre acerca tal decision, mayormente en el caso que no puedan encontrarse otros testigos atendida la naturaleza ó calidad del lugar, pues no puede imputarse al testador el no haber llamado otros testigos, como manifiestan Alex. en el consil. 152 col. 5. y 6. vol. 6, y Juan de Plat. en la l. 3. C. *de naufrag.*: deberá sin embargo atenderse á si es pública la escepcion que tiene un testigo, ó no, l. 1. C. *de*

to (11), a quales establesce por sus herederos, e como ordena, o departe las otras sus cosas. La otra manera es, a que dizen en latin, Testamentum in scriptis, que quiere tanto dezir, como manda que se faze por escrito, e non de otra guisa(12). E tal testamento como este deue ser fecho ante

testam., y lo que se lee en la cit. l. 8. tít. 16. allí: *de mala fama conoscidamente*; pues si la causa de incapacidad fuese oculta, con dificultad se invalidará el testamento. Exigiendo d. l. del Ordenam. que los testigos sean vecinos, ¿se presumirán tales en caso de duda, si no consta que estén domiciliados en otra parte? Parece que sí, segun esponen Bart. respecto de un caso semejante en la l. 37. D. *ad municip.*, y Ang. en la l. 14. §. 3. hácia el fin D. *quod met. caus*, donde alega la 1. al fin *ad municip*. Y en cuanto á lo anotado por Ang. de Aret. en su trat. *maleficior*. en la parte *de Bononia*, vers. *quid autem si dicta verba*, y Felin. en el cap. *quoniam, de offic. ordinar*. donde decide que en caso de duda ninguno se presume forastero, véase tambien á Hyppol. consil. 57], núm. 2. vol. 1. Empero ¿bastará que sea familiar, ó que sirva á alguno de los vecinos del lugar? Así parece, pues los siervos tambien se reputan de la plebe, segun lo anotado por la Glos. en el cap. *Regiones de consecr*. dist. 3. ¿Valdrá el testamento que se otorgue en presencia de cuatro notarios? Soy de parecer que sí, á tenor de lo que espresan la Glos. en la Novel. 1. cap. 2. sobre la palabra *tabelliones*, y Bald. en la auth. *sed cum testator*, vers. *quæro pone*, col. pen. C. *ad leg. Falcid*. Acerca de sí podrá confirmarse por el príncipe el testamento imperfecto por la falta ó defecto de testigos, véase Luc. de Pen. en la l. pen. C. *de Decur.*, y mas latamente en la l. 1. C. *de his qui in exil. dat. sunt*, donde decide que no podrá confirmarse, si la cosa no está íntegra, por ej. si el heredero *ab intestato* posee la herencia en virtud de sentencia, ó de otra manera: pero si, cuando la cosa está íntegra, entónces, dice podrá hacerlo en fuerza de la plenitud de la potestad, mediante justa causa: véase estensamente al mismo allí, y lo que esponen Bart. y los DD. en la l. 29. §. 5. D. *de tiber. et posth.*, en la cuestion que promueve allí Bart. hácia el fin.

(11) Puede, pues, el testamento nuncupativo otorgarse estendiéndolo por escrito el notario, l. 102. tít. 18. Part. 3., y lo anotado por la Glos. en la l. 21. §. 2. Glos. 1. C. *de testam.*, y deben escribirse los nombres propios de los testigos con las dos calidades, circunstancias ó accidentes; de lo contrario no se juzgan designados legítimamente, ni demostrados con certeza, segun observa el propio Bart. en la l. 17. princ. cuest. 7. D. *de condit. et demonstr.*, alegando la cit. l. 21. princ., y lo sostiene Juan Andr. en las adic. al Specul. tít. *de instrum. edit.* §. *breviter*, en la adicion que principia, *Accursius*, donde hace mencion de los nombres y apellidos de los testigos; tambien lo manifiesta Alex. consil. l. 53. *videtur*, consider. 1. col. 1.

(12) Esto es, cuando uno quiere testar por escrito, no tanto para probar la voluntad, como para que la escritura sea de la esencia del testamento, l. 17. C. *de fid. instrum.*

—* Los copiladores de las Partidas, admitieron, conformándose con el derecho romano, tres formas generales de testar: á saber, el testamento nuncupativo, el escrito abierto y el cerrado, como resulta de esta ley junto con la sig. Vino el orden. de Alcalá, donde (l. 1. tít. 19. que es la l. 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.) sin distincion de testamentos se dispuso, que si alguno ordenare su testamento ú otra su postrimera voluntad con escribano público, estuviesen presentes á verlo otorgar tres testigos á lo menos, vecinos del lugar donde se hiciese; que otorgándose sin escribano público, estuviesen allí cinco testigos á lo menos, vecinos del lugar, si pudiese hallarse este número; que no pudiendo ser habidos cinco testigos, ni el escribano, bastaran tres, vecinos del lugar; y por último, que valiese el testamento hecho ante siete testigos, fuesen ó no vecinos del lugar, y aunque no interviniese escribano público, con tal que reuniese las otras cualidades que el derecho requiere. Mas adelante la l. 3. de Toro, (l. 2. d. tít. de Nov. Rec.) aclaratoria de la anterior, dijo: «Ordenamos, y mandamos, que la solemnidad de la ley del Ordenamiento del señor Rey D. Alonso de suso contenida, que dispone quantos testigos son menester en el testamento, se entienda y platique en el testamento abierto que en latin es dicho *nuncupativo*, agora sea entre los hijos ó descendientes legítimos, ora entre herederos extraños: pero en el testamento cerrado, que en latin se dice *in scriptis*, mandamos, que intervengan á lo menos siete testigos con un escribano, los quales hayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento ellos y el testador, si supieren, y pudieren firmar; y si no supieren, y el testador no pudiere firmar; que los unos firmen por los otros; de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del escribano». Ahora bien, despues de esta ley de Toro ¿podrá aun otorgarse testamento de palabra, sin necesidad de escritura alguna? Parece que ella no admite mas que dos especies de testamentos, el nuncupativo ó abierto y el escrito ó cerrado, confundiendo con estas palabras cosas muy distintas, y desnaturalizando el sentido que aquellas tienen en las Partidas y en los códigos romanos. En cuanto al testamento cerrado no puede

siete testigos, que sean llamados, e rogados (13) de aquel que lo faze; e ninguno destos testigos non deue ser sieruo, nin menor de catorze años, nin muger, nin ome (b) mal enfamado (14).

(b) muy mal enfamado. Acad.

caber dificultad; la cit. l. de Toro nos describe su forma, la que si se exceptua la intervencion del escribano, es la misma que prescriben la l. sig. de Part. y la l. 21. C. *de testam.* Por lo que mira al testamento *nuncupativo ó abierto* d. l. de Toro se refiere á la del Ordenam., la que, como se ha visto, se limita á fijar el número de testigos, cuyo número, entre otras circunstancias, lo hace depender de si asiste ó no escribano público; esta disposicion vaga nos deja en duda acerca de si semejante testamento deberá ser siempre escrito, ó podrá tambien otorgarse de viva voz sin reducirse en el acto á escritura. La ley de Toro le da dos nombres, el de *nuncupativo* y el de *abierto*: con el primero podria haber querido indicar que era esencial la declaracion paladina de la voluntad última delante de los testigos; y con el segundo la escritura, dado que semejante palabra seria calificativo muy impropio de un acto que se redujese á la declaracion verbal: empero, la ley del Orden. no hace la menor alusion á la escritura, si se esceptua la que podria inferirse de la intervencion del escribano, pero tenemos en contra que semejante persona no es esencial. En fuerza de esto y atendido todo el contesto de la cit. l. del Ordenam., parécenos que lo único esencial en el testamento no cerrado está en la declaracion paladina de la voluntad última delante los testigos; y que la escritura, cuando se estienda se considerará como accidental y al mero objeto de la prueba. Viene en apoyo de esto la l. de Toro, cuando al testamento cerrado, y á él tan solo, lo llama testamento *n scriptis.*

(13) ¿Qué dirémos acerca del testamento nuncupativo? Atendido el derecho comun, tambien deberán ser rogados los testigos, l. 21. §. últ. D. *qui testam. fac. poss.*, l. 21. §. 2. C. *de testam.*, y Alex. consil. 70. vol. 2.: sin embargo á tenor de nuestra l. parece que esto tan solo se exigirá en el testamento otorgado por escrito, puesto que al disponer mas arriba acerca del nuncupativo no espresa que deban ser rogados los testigos; lo que pudo provenir quizas de la duda que en esta parte habia por derecho canónico. Por mas que Anton. sostenga la negativa en el cap. *cum esses, de testam.*, si bien Alex. en d. consil. 70 opinaba de otra manera, citando á Juan de Imol. en el cit. cap. *cum esses*, donde puede vérsele sobre el particular, col. 5., siguiendo á Francisc. de Albergo, de Aret., opino que en el testamento nuncupativo se requiere tambien el que los testigos sean rogados, segun se lee en la l. 32. tít. 18. Part. 3., y en las ll. 4. y 6. de esta Part., Nótese sin embargo, que aunque el notario no certifique de que los testigos hayan sido rogados, podrá esto probarse por medio de dos testigos, segun Bald. á quien véase en la l. 2. col. 2. C. *de bon. poss. secund. tab.*, y aun á tenor de lo que espresa el mismo en la l. 21. princ. C. *qui testam. fac. poss.*, si el testigo firmare, ó bien se le designare con permiso del testador, se inferirá de ello haber sido rogado; arg. l. 4. §. últ. D. *de fidejuss. tut.*, y lo defiende tambien Paul. de Castr. en la cit. l. 21. princ. — * Empero despues de la l. 1. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec. ¿deberán ser rogados los testigos? Parécemos indudable á lo menos respecto del testamento no cerrado, atendido que despues de fijar d. l. el número y circunstancias de los testigos, deja salvas las formalidades de derecho: agrégase que la rogacion no es una solemnidad inútil; es el mayor medio para dár á conocer cuando la voluntad es decidida y firme.

(14) Parece deducirse de aquí, que en el testamento escrito será testigo inhábil no solo el infame de derecho, sino tambien el que lo es de hecho, con tal que esta infamia sea notoria, hace al caso la l. 8. tít. 16. Part. 3. Sin embargo Bald. en el cap. 1. *an remov. deb. test. qui part. esse desier.* decide, que valdrá el testimonio de aquél que solo adolezca de infamia de hecho, con tal que alguna circunstancia le favorezca; por ej. si el testamento fué escrito por mano del testador, y firmaron los testigos, pues si bien esta escritura privada por si sola no hace plena fe, basta sin embargo el que esté confirmada por la viva voz de los mismos, y alega la l. 1. C. *de testam.* empero si no le asiste ninguna circunstancia favorable, no será admitido por testigo en los actos solemnes, segun la l. 2. D. *de senat.*, pero si, respecto de otros actos: empero no se le dará mucho crédito, si está infamado gravemente entre personas de reputacion y carácter: empero; si la infamia proviene de una causa leve, opina que el juez no debe pararse mucho en ello: cuyas palabras de Bald. deben tenerse muy presentes. Y ciertamente atendido el espíritu de esta ley, parece que no será testigo hábil en el testamento escrito aquél sobre quien pesa la nota de infame por razon de algun delito grave, aunque esta sea de hecho, y medie la circunstancia de ser firmado el testamento por el testador y los testigos, como se espresa aquí. Pésense estas razones y téngase presente lo dicho: añádase que esta parece ser causa grave, pues que se equipara á la criminal; y que en las causas criminales de gravedad se desecha al testigo que está infa-

Otrosi dezimos (15), que cada vno dellos deue escreuir su nome en la fin del testamento, diziendo assi (16): Yo fulano, so testigo deste testamento, que lo fizo tal ome (nombrandolo) seyendo yo delante. E si alguno dellos non sopiere escreuir, qualquier de los otros lo puede fazer (17) por mandado del. E demas desto deuen poner todos los testigos sus sellos en la carta del testamento con cuerdas pendientes. E si alguno dellos non ouiesse sello, puede esto fazer con sello de otro (18). Otrosi dezimos, que el fazedor del testamento deue escreuir su nome en la fin de la carta, diziendo assi: Yo fulano, otorgo que fize este testamento, en la manera que es escrito en esta carta. E si non supiesse, o non pudiesse escreuir, bien lo puede fazer otro (19) por mandado del.

LEY 2. *Como puede ome fazer testamento en escrito, de manera que los testigos non sepan lo que yaze en el.*

En escrito queriendo alguno fazer su testamento, segun dize en la ley ante desta, si por auentura lo quisiere fazer en poridad (20), que non sepan ninguno de los testigos lo que es escrito en el, puedolo fazer desta manera. Deue el por su mano mesma escreuir el testamento, si sopiere escreuir, e si non, deue llamar a otro, qual quisiere, en quien se fie, e mandegelo escreuir en su poridad. Despues que fuere escrito, deue doblar la carta, e poner en ella siete cuerdas, con que se cierre, de manera que finquen colgadas, para poner en ella siete sellos; e deue dexar tanto pargamino blanco de fuera, en que puedan los testigos escreui

mado de hecho: véase lo que dije en la cit. l. 8. y mas arriba en la glosa á la palabra *siete testigos*.

(15) Esta ley y siguientes, segun se ve, disponen el modo de testar por escrito, y no se previene en ellas que deba intervenir escribano, antes bien puede verificarse sin este; empero la l. 3. de Toro, la que se observa en el dia con respecto á esta clase de testamento, parece exigir que se otorguen ante escribano, y así entendió d. l. Miguel de Cifuntes, otro de los intérpretes de las cit. ll., diciendo en su comentario á d. l. 3., [esta ley de Toro habla de los testamentos cerrados y no de los escritos abiertos, á los cuales se refiere aquí la l. de Part.] que con ella quedan corregidas estas ll. de Part. y las del derecho comun. Empero Diego del Castillo otro glosador piensa de diversa manera, y mas acertadamente á mi modo de ver, en la glosa sobre la palabra, *testamento cerrado*, vers. *sed quæro, forte non reperitur tabellio*, apoyándose en las palabras de la cit. l. al fin, en cuanto invalida al testamento escrito, en el que falta el número de siete testigos, y no de otra manera; y así *á sensu contrario* subsistirá aunque no intervenga escribano: sin embargo añade oportunamente, que faltando este, deberá hacerse la publicacion del testamento ante el juez, y las deposiciones de los testigos se reducirán á escritura, despues de citadas las partes que pudieren quedar perjudicadas: lo que no será necesario, cuando se estiende por medio de escribano, segun decide la Glos., que merece alegarse para el caso, en la l. 2. D. *quemad. testam. aper.* Téngase pues presente que no quedan corregidas estas ll. de Part. para el caso de no haber intervenido escribano; ya sea por no hallarse este, ó bien por querer el testador atenerse tan solo á lo que disponen las mismas: conviene hacer concordar unos derechos con otros, cap. *cùm expediat. cum concord. de elect.* lib. 6. y debe evitarse la correccion de las leyes. La ley de Toro tan solo tuvo por objeto quitar la duda que se originaba de la l. del Ordenam. á saber si d. l., que exigia menos testigos de los que se requieren por derecho comun, y por estas ll., procedia respecto del testamento escrito: y declaró que no se habia hecho innovacion alguna en cuanto á las solemnidades con que debia otorgarse dicho testamento. Quiso la ley de Toro quitar esta duda, y no corregir en este punto las leyes de Part.

(16) Añád. l. pen. D. *qui testam. fac. poss.*

(17) Téngase presente; pues por derecho comun no está tan espreso el que un testigo pudiese firmar por otro. Y si un testigo no pudiese firmar á causa de ser muy anciano, ó por temblarle la mano ¿podrá dirigírsela un perito? Luc. de Pen. en la l. 10. C. *de numer. et actuar.* está por la afirmativa, si aquél cuya mano se sostiene, está en cabal conocimiento, y se verifica encargándolo el mismo en presencia de los testigos: cuya decision quizás no se hallará en otra parte.

(18) Añád. §. 5. Instit. *de testam.* y l. 12. C. d. tít.

(19) Añád. l. 21. princ. vers. *quod si litteras* C. *qui test. fac. poss.* y l. 28. vers. *cum autem* C. *de testam.*, donde se declara y corrige en parte la disposicion del cit. vers. *quod si litter*, y v. d. l. 3. de Toro.

(20) Luego puede otorgarse el testamento por escrito, de modo que sepan los testigos lo que él contiene, segun se indica aquí; ¿empero tal testamento en el que el testador haya espresado su voluntad en presencia de los testigos, y sin embargo la redujo á escrito por sí ó por mano de otro, y la cerró é hizo firmar y sellar por los mismos, habiendo observado lo contenido en la ley anterior., se llamará escrito por lo que mira á la observancia de las formali-

sus nomes: despues e desto, deue llamar, e rogar tales siete testigos, como dize en la ley ante desta, e mostrarles la carta doblada e dezirles assi: Este es mi testamento, e ruegovos, que es-

dades, ó bien nuncupativo? Cin. en la l. 21. §. 2. C. *de testam.* decide, que reuniendo las formalidades de los dos, se dirá escrito y tambien numcupativo; pues no es de la esencia del primero, que los testigos ignoren lo que en él se dispone: y esto puede ser útil, pues que faltando la firma de algun testigo, ó algun otro requisito, el testamento podrá subsistir como nuncupativo, siendo examinados los testigos acerca de él, y así lo sostiene tambien Paul. de Castr. en d. §. 2. Lo que no debe entenderse del caso que la intencion del testador hubiese sido que su testamento solo valiese en calidad de escrito, segun Aug. en la l. 1. §. 5. D. *de hæred. instit.*, y lo prueba bastante esta ley de Part. allí, *e non de otra guisa*: y añad. Bart. en la l. últ. D. *de jur. codicill.*, y Alber. en d. §. 2. Tampoco puede subsistir como testamento nuncupativo el testamento escrito que fuese nulo por faltar alguna solemnidad, si el testador no manifestó su voluntad delante de los testigos, segun pretendian Cin. y Alberic. en d. §. 2. y lo apoya cierta decision Napolitana núm. 143. col. 2. Adviértase sin embargo que bastaria esta espresion de la voluntad aun implícitamente; por lo que si dijese en presencia de los testigos que era su voluntad de que tal escritura fuese su tes tamento, aunque no les hubiese manifestado los nombres de los herederos, ó los legados que hizo se sostendrá la disposicion como testamento nuncupativo, por mas que no pueda valer como escrito por razon de algun defecto, con tal que por otra parte no constase haberse querido concretar el testador á otorgar aquel por escrito, como resuelve Paul. de Castr. en la l. 21. princ. D. *de testam.* y lo demuestran latamente Alex. consil. 176. vol. 5. y Socin. consil. 142. vol. 1. ¿ Dirémos empero en caso de duda que quiso concretarse ó no? Juan de Blinoseo Dr. antiguo, citado por Alber. en d. §. 2. pretende que en tal caso deberá esto deducirse de conjeturas, pues si el testador observó algunas de las solemnidades que tan solo se requieren en el testamento por escrito, por ej. las firmas y sellos, entónces faltando alguna de ellas, no valdrá como nuncupativo; empero Alber. allí esceptua el caso en que el testador declarase el nombre del heredero ante los testigos; entónces dice, si no subsiste por una formalidad subsistirá por otra, pues que no se escluyen mutuamente; son formas diversas que se ayudan entre sí. Ya que lo mismo tiene nombrar al heredero implícita que esplícitamente, segun la doctrina de Bart. en la l. 38. D. *de condit. et demonst.*, y lo que dije mas arriba, parece á tenor de la interpretacion de Alberic., que en caso de duda no deberá recurrirse á dichas conjeturas, acerca de si quiso ó no sujetarse á tales solemnidades. Y lo mismo pretendia tambien Socin. en d. consil. 142. y allí responde á la cit. l. 21. C. *de testam.*, diciendo que d. l. se dirige únicamente á declarar cuando valdrá el testamento escrito, esto es, en que caso se dirá otorgado solemnemente; sin que se dirija á decidir en que casos se entenderá querer uno testar por escrito, ó nó. Por lo que, segun él, no es absurdo decir que la cit. l. debe entenderse del supuesto que aparezca haber querido testar por escrito; lo que dice, no se presumirá, si el testamento no puede valer en clase de escrito, y si solo como nuncupativo, l. 3. D. *de testam. milit.* y esto, añade, es evidente, dado que la última voluntad se puede manifestar por entrambos modos, l. 21. princ. y §. 2. C. *de testam.* y se espresa tambien en estas leyes de Part. Además, procede el argumento de los contratos á las últimas voluntades, l. 44. §. 5. junto con las concord. D. *de legat.* 1.; ahora bien, en los que pueden celebrarse por medio de escritura y sin ella no se presume que las partes hayan querido lo primero si no lo manifestaron espresamente, aunque deseen que se otorgue, y la notab. al §. 1. Instit. *de empt. et vend.*, la cual es generalmente aprobada segun él: luego deberá decirse lo mismo del testamento, esto es, que en caso de duda no se entenderá haberse concretado el testador á testar por escrito, no habiéndolo espresado; y lo dicho tendrá lugar principalmente, si se hubiese añadido la cláusula acostumbrada, de ser la voluntad del mismo el que valga el testamento del mejor modo; y latamente allí. Sin embargo Paul. de Castr. en la cit. l. 21. al fin opina haber querido limitarse el testador á testar por escrito, cuando hizo sellar la disposicion por los testigos, (como dije) y lo mismo pretende Alex. en d. consil. 176. donde esceptua el caso en que hubiese dicha cláusula, á saber, *que el testamento valga del mejor modo.* Por lo dicho se ve que en este punto están discordes los DD.: yo empero soy de parecer, que en caso de duda, cuando el testador no declaró el nombre del heredero, ni su voluntad delante de los testigos, como se acostumbra en el testamento nuncupativo, sino que observó las solemnidades que se requieren en el escrito, aunque implícitamente parezca manifestarla, segun la doctrina de Bart. en d. l. 38. D. *de condit. et demonst.*; se presumirá entonces haber testado únicamente por escrito, y así no valdrá como nuncupativo, conforme opinan comunmente

cribais en el vuestros nomes, e que lo selleys con vuestros sellos. E el otrosi deue escreuir su nome(21), o fazerlo escreuir en fin de los otros testigos (22) ante ellos, diziendo assí: Yo otorgo, que este es el testamento, que yo, fulano, fize, e mande escreuir.

LEY 3. *Que deuen guardar, como en manera de regla, los fazedores del testamento, en faziendolo.*

Comunalmente deuen guardar como por regla, los omes que quieren fazer sus testamentos, pues

los DD. en d. l. 2. y Paul de Castr. lug. cit.: y esta decision la apoyan bastante esta ley de Part. y aquellas palabras de la anterior *e non de otra guisa*, como dando á entender que con el hecho de usar uno de las solemnidades del testamento escrito demuestra que no quiere testar nuncupativamente, y tambien parece probarlo la cit. l. 3. de Toro, cuando dispone que el testamento otorgado sin testigos en la manera que se espone allí, no haga ninguna fe en juicio, ni estrajudicialmente: hace al caso lo que dije en la l. 6. de esta Part., pues quien elije un medio parece renunciar á otro, l. 86. D. *de acquir. hæred.*, y l. 6. C. *si quis alter. vel sibi.* Con todo si pareciese en fuerza de otras conjeturas haber querido el testador otra cosa, por ej. cuando hay la indicada cláusula, ú otra que lo manifestare, entónces valdrá como nuncupativo, segun sienten comunmente los DD. Téngase esto presente, por ser esta una cuestion que se suscita á cada paso en el foro, y de aquellas que pueden dar fama á un letrado. —*Véase la adicion á la glos. 12.

(21) En el dia empero he visto dudar muchas veces en la Real Audiencia, si se requerirá la firma del testador respecto del testamento nuncupativo otorgado á tenor de la cit. ley del Ordenam; pues parecia que no, dado que la l. 3. de Toro exige tan solo la firma en el que está ordenado por escrito; disponiendo acerca del primero que se observen las solemnidades prescritas en d. ley de los Ordenam., en la que no se habla de la firma del testador, aunque se verifique el nuncupativo ante escribano: tampoco parece obstar la pragmática de Alcalá, que exige que la parte firme el instrumento; pues ella tendrá lugar generalmente en todos los instrumentos, á escepcion de los testamentos, á los cuales se ha dado una forma determinada por medio de otras leyes: pues una ley general no debe estenderse á aquellas cosas sobre las que se ha dispuesto especialmente, l. 3. tít. 10. de esta Part., l. 26. §. 3. D. *ex quib. caus. maj.*, y Bart. en la l. 30. §. últ. D. *de legat.* 1. y l. 41. D. *de pœn.*: á mas de que d. l. de Toro fué hecha despues de la cit. pragmática de Alcalá. Y ya que no exige tal firma en el testamento nuncupativo, sino que se observe tan solo lo dispuesto en d. ley del Ordenam., parece haber decidido esta duda, esto es, que no sea necesaria dicha firma en él. Sin embargo parece estar en contra de lo dicho, el que se requiera la firma de la parte en todos los instrumentos á tenor de la cit. pragm., y que con el nombre de instrumentos se contienen los testamentos, y últimas voluntades, segun se manifiesta en la l. 7. glos. 1. C. *de codicil.* Milita además la misma, y aun mas poderosa razon, esto es, el temor de falsedad, cuya razon urge mas en los testamentos que en otros instrumentos: y hace mayormente para el caso lo anotado por Luc. de Pen. en la l. 9. C. *de annon. et tribut.* vers. *sed pone, constitutio regni*, y casi en los propios términos está concebida la decision napolitana 166, la cual véase, donde se alegan bellas razones á favor de entrambas oponiones: y esto lo creo mas acertado y seguro: ni obsta la cit. l. de Toro que solo se propone declarar el número de testigos, como dije en la glos. 15. mas no corregir lo dispuesto en dicha pragm. de Alcalá: y al primer argumento, contéstese que no procede en este caso, por emanar tales solemnidades de diversas leyes; en efecto la ley general, que añade otra solemnidad, debe observarse aun respecto de aquellas cosas sobre las cuales recayó una disposicion particular: las leyes citadas en contrario hablan del caso en que la espresion general y la especial se hallan en una misma disposicion.

(22) ¿Bastará, que firme en presencia de los testigos al fin de la escritura del testamento, por no estar esta envuelta ó cubierta con otro papel blanco, como ví en un caso particular? Parece que sí, puesto que tal inversion no vicia el acto, arg. l. 21. C. *qui test. fac. poss.*, de la cual esta se ha tomado, y tambien porque la firma se exige para que conste que el instrumento es otorgado por el que lo suscribe, segun Bald. en la aúth. *contra qui propriam*, C. *de non numer. pecun.*, de modo que si está escrito de mano propia, no se exige otra firma, l. 28. al fin C. *de testam.*; es visto, pues, que se conseguirá lo mismo, si firmare al fin de la escritura como dije. Además si en el mismo acto suscribe en presencia de los testigos, es lo mismo, atendida su intencion, que si lo verifica despues de estos, arg. l. 40. D. *de reb. cred.* Tampoco parece oponerse á lo dicho la l. 3. de Toro, aunque el testamento por escrito se otorgue delante de escribano, con tal que se halle la firma del testador y testigos sobre la escritura del testamento: y así se decidió en el caso que hemos citado.

que los han començados ante los testigos, que non metan entremedias otros fechos estraños (23), fasta que los ayan acabados. Fueras ende, si lo ouiessen a fazer por cosa que non pudiessen escusar, assi como si el dolor de la enfermedad los cuytasse en aquella sazon; o si ouiessen estonce grand menester, de comer, o de beuer, o de venir a fazer otra cosa, que naturalmente non se pudiessen della escusar. Ca por qualquier destas razones, bien podria el fazedor del testamento partir mano de lo que auia començado, fasta que aquel embargo passasse, e de si tornarlo acabar.

LEY 4. *Como pueden los Caualleros facer su testamento.*

Queriendo fazer testamento algund Cauallero, si lo fiziesse en su casa, o en otro lugar, que non sea en hueste (24); deuelo fazer en la manera que los otros omes, ansi como dize en las leyes ante desta; mas si lo ouiere de fazer en hueste, estonce abonda. que lo faga ante dos testigos, llamados (25) e rogados para esto. E si por auentura, seyendo en fazienda, veyendose en peligro de muerte, quisiesse aquella sazon fazer su testamento; dezimos, que lo puede fazer, como pudiere, e como quisiere, por palabra, o por escrito. E aun con su sangre misma, escriuiendolo en su escudo, o en alguna de sus armas; o señalandolo por letras, en tierra, o en arena. Ca en qualquier destas maneras que lo el faga, e pueda ser prouado por dos omes buenos (26) que se acertassen y (27), vale tal testamento. E esto fue otorgado por preuillejo a los Caualleros, por les fazer honrra, e mejoria, mas que a otros omes, por el grand peligro a que se meten, en seruicio de Dios, e del Rey (28), e de la tierra en que biuen,

LEY 5. *Como puede ser fecho el testamento de aquel que por derecho non le podria fazer, e le otorgo el Emperador, o el Rey, poder para fazerlo: e como vale el testamento, en que es el nome del Rey escrito por testigo.*

Por derecho, e por ley es defendido a algunos

(23) Así pues si en medio de la otorgacion del testamento celebra un contrato, ó donacion entre vivos, si bien semejantes actos serán válidos, segun la Glos. en la l. 21. §. últ. D. *qui testam. fac. pos.*, se viciará el testamento; véanse Juan de Imol. siguiendo á Bald. en d. §. últ., y Oldrald. consil. 114.: si el testador lega particularmente alguna cosa á uno, espresando que en el caso de revocar el testamento, le hace desde ahora donacion entre vivos, ¿podrá todavía revocarse semejante legado, por impedir el libre arbitrio? V. Bald. en las ll. 27 al fin y 28 al princ. C. *de testam.*; y Socin. en el consil. 73. col. 2. vol. 3. hallaba este caso difícil de resolver.

(24) Esto es, en espedicion militar. —* Este punto ha sufrido varias modificaciones, así respecto de las personas que pueden otorgar testamento militar, como tocante al tiempo y á la forma: veamos cual sea el derecho vigente. — 1.° *Personas que pueden testar militarmente*: tienen este privilegio todas las que gozan del fuero de guerra, l. últ. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec. — 2°. *Forma del testamento militar*: la l. cit. dispone que las personas indicadas puedan otorgar por sí sus testamentos en papel simple firmado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerlo por ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo: y que en la parte dispositiva puedan usar á su arbitrio del privilegio y facultades que les da la ley militar, la civil ó la municipal. — 3°. *Tiempo en que puede hacerse uso del privilegio*: la l. cit. no lo limita; además, la l. 7. del mismo tít., dice que los militares usen de sus privilegios y fuero al tiempo de hacer sus testamentos, no solo estando en campaña, si que tambien en otra cualquier parte.

(25) Añád. la l. 24. D. *de testam. milit.*

(26) Añád. la l. 40. D. y l. 15. C. d. tít.

(27) Los cuales vieron que él testaba de palabra ó por escrito, segun se ha dicho arriba; y parece deducirse de esta palabra, que no bastará que se pruebe por medio de dos testigos, que tal escritura era hecha de mano de tal militar, por la razon de que conocen la forma de su letra, ó bien por medio de comparacion de escritos; aunque Juan Fabr. en el §. 1. Instit. *de testam. milit.* opinaba de otra manera, interpretando así la cit. l. 40. D. d. tít. Y entiéndase que esta ley procede cuando el militar murió en la guerra, ó luego de haber salido de campaña, segun Ang. y Alex. en la l. 15. C. *de testam. milit.*

(28) Procede pues dicho privilegio, cuando los militares van á una guerra lícita, segun se ve aquí, y lo indica Juan Fabr. en la rubr. *de testam. milit.* ¿Empero se hará estensivo á los peregrinos que van en romería á Roma ó á Santiago etc.? Ang. opinaba por la afirmativa en la Novel. 7. §. *quod autem*, y en la auth. *omnes peregrini* C. *commun. de succes.*, v. Alex. en la l. últ. C. *de testam.*, y viene en apoyo de esto nuestra ley, en cuanto dice, *en servicio de Dios*: téngase presente para la limitacion de la ley del Ordenamiento.

omes, que non puedan fazer testamento. E acaesce a las vegadas, que los Emperadores, e los Reyes, por fazerles bien, e merced, les otorgan poderio de lo fazer: en tal caso como este dezimos, que este a quien es otorgado, deue fazer su testamento en la manera que los otros omes (29). Otrosi dezimos, que si algund ome honrrado pidiesse merced al Rey, que estouiesse delante quando el fiziesse su testamento, si gelo otorgasse, que se acertasse y quando lo fiziesse, que tal testamento vale, maguer non sea y escrito otro testigo, si non el Rey tan solamente (30).

LEY 6. *En que manera pueden los Aldeanos fazer sus testamentos.*

Aldeano alguno queriendo fazer su testamento en escrito, si en aquel lugar, do el morare, non pudiere auer siete testigos que sepan escreuir, puede fazer su testamento delante cinco testigos, que sean llamados para esso, e que soscriuan sus nomes en la carta del testamento. E si por auenra, todos cinco non supieren escreuir, puede escreuir vno dellos, el que lo supiere fazer, por si, e por los otros. Pero tal testamento como este, que se faze ante testigos que non son todos letrados, non deue ser fecho en poridad (31); ante lo deuen fazer leer paladinamente ante los testi-

(29) Concuerda con la l. 35. princ. C. *de inoffic. test.*, donde pueden verse Bald. y los DD., y la razon de ello consiste en que la concesion se hace á los que están prohibidos por derecho comun, á diferencia de cuando con ella se amplia la facultad que por otra parte se tiene, de testar, segun declara Bald. en la l. 15. col. 2. C. *de testam. milit.*, hablando del estatuto de los Venecianos; y añádase lo anotado por el propio Bald. en la l. últ. col. 2. C. *de fideicom.*, donde decide que cuando se concede tal facultad de testar, se entiende segun la costumbre del lugar, y véase al mismo *in prœlud. feud.* col. 9., y con lo que espresa en la cit. l. 15, parece concordar Alber. en d. l. 35. princ., y nótese acerca de nuestra ley, que el rescripto del príncipe, en cuanto sea posible, debe acomodarse al derecho comun, añád. el cap. *causam quœ, de rescript.* y allí Abb., y v. Alex. consil. 33. vol. 1. vers. *tertio probatur.* — * Hoy dia no compete semejante facultad al rey.

(30) Pues que autorizándolo el príncipe, no puede caber sospecha de fraude, como manifiesta Juan de Plat. en la l. últ. C. *de vend. reb. civit.*, y l. últ. C. *de locat. prœd. civit.*; goza de preferencia el condecorado ó elegido por el príncipe, l. 1. y allí el mismo Plat. C. *de domest. et protect.*, y los que residen cerca del príncipe, son mas dignos que los demás, Bald. en la l. 1. D. *de offic. procon.* Acerca del valor que tiene la presencia del príncipe, véase á Juan de Plat. en la l. 9. C. *de divers. offic.*: ¿Qué dirémos si el testamento se otorgó delante de un duque ó marqués ú otro señor en sus tierras? Parece que lo mismo tendrá lugar, si el testador no reconoce á otro superior en lo temporal, pues así debe entenderse lo que deciden Bald. en la l. 34. princ. C. *de donat.*, y Benedict. en la repet. al cap. *Baynutius, de testam.*, en la parte *testamentum* la 1. col. 10. vers 8. *fallit*.

(31) Téngase presente, pues por medio de esta palabra se reprueba la opinion de Azon en la l. últ. C. *de testam.* espuesta allí por la Glos., quien pretende que dicha ley habla del testamento escrito, y no del nuncupativo: empero ¿tendrá lugar nuestra ley respecto de este, si no se ha reducido á escritura? La Glos. en la l. 20. §. últ. D. *qui testam. fac. poss.* sostiene la negativa, cuya opinion parece aprobarse aquí: lo contrario pretende la misma en la cit. l. últ., cuyo parecer se sigue comunmente. Empero hoy dia á tenor de la cit. l. del Ordenam. basta la solemnidad que ella indica, la que tiene lugar, tanto si el testamento es de un rústico, como de otra persona. ¿Empero respecto del testamento escrito, otorgado por un aldeano serán suficientes en el dia cinco testigos, ó tendrá que observarse la disposicion de la l. 3. de Toro? Parece que deberán asistir siete testigos, observándose lo que se dispone en d. l. de Toro, á no ser que lo contenido en él se manifestase públicamente en presencia de los mismos, en cuyo caso valdria como nuncupativo, segun dije en la l. 2. de este tít. de Part.: pudiera tal vez decirse, que no hallándose siete testigos que firmen, bastarán cinco que sepan escribir y suscriban; y que en tal caso no queda corregida esta ley. — * Esta ley permite testar al rústico delante cinco testigos, si no pudiesen ser habidos siete, con la circunstancia de que sea escrito el testamento y abierto: ahora bien, la ley del Ordenam. (l. 1. tít. 18. lib. 10 Nov. Rec.) ya no requiere mas que cinco testigos vecinos del lugar en los testamentos abiertos de toda clase de personas, y aun puede otorgarse con tres, si no pueden hallarse mas, ni el escribano; luego ha desaparecido la escepcion á favor del rústico, convirtiéndose ella en regla general: á no ser que se dijese, que testando un rústico, no era indispensable la calidad de vecinos en los testigos, y que en esto continuaba la escepcion; lo que nos parece muy dudoso, atendiendo que las distinciones que hace la ley del Ordenam., persuaden que quiso comprender tambien los testamentos otorgados en los lugares mas reducidos. Por lo que mira á los testamen-

gos, que se acertaron y, porque non pueda ser fecho y engaño (32).

LEY 7. *Como vale el testamento que el padre faze entre sus fijos, maguer non sea fecho acabadamente.*

Acabado testamento es aquel, que es fecho en algunas de las maneras que diximos en las leyes ante desta; e si de otra guisa lo fiziesse, non seria valedero (33): pero si el padre fiziesse testamento, en que establesciesse por herederos a los fijos (34), e a los nietos, que descendiessen del, o partiesse lo suyo entre ellos, maguer en tal testamento non fuessen escritos mas de dos testigos (35), valdria; bien assi, como si fuesse fecho acabadamente ante siete testigos, que pusiessen y (c) sus nomes, e sus sellos. Esso mismo seria quando desta manera el padre, o el auuelo partiesse lo suyo, por palabra tan solamente, entre sus fijos, e sus nietos, faziendolo ante dos testigos, rogados (36), e llamados para esto. Otrosi

(c) sus seellos. Acad.

tos escritos cerrados no cabe interpretacion alguna: en efecto esta ley de Part., lejos de hacer escepcion respecto de ellos á favor de los rústicos, la limita espresamente á los abiertos; y de otra parte la l. de Toro (l. 2. tít. cit. de Nov. Rec.) no contiene la menor espresion de la que pueda inducirse un privilegió á favor de tales personas, en la otorgacion de los testamentos de que se trata.

(32) Nótese aquí que si bien en el testamento escrito se dice que el testador declara implícitamente su voluntad, segun dije en la l. 1. de este tít. de Part.; con todo se evita la falsedad, cuando se manifiesta aquella abierta y no implícitamente.

(33) ¿Y si el testamento se ordenase en pais de infieles? V. Bald. en la l. 2. C. *quemad. test. aper.*, donde sostiene que valdrá semejante testamento conformándose únicamente el testador en el derecho de gentes, el cual se presume estar vigente allí, á no ser que se probare lo contrario; y así respondió, consultado sobre un testamento de cierto mercader de Ancona; de consiguiente bastarán dos testigos: de esta decision de Bald. hace mencion el Dr. de Palac. Rub. en su elegante repeticion al cap. *per vestras*, en la introduccion, col. 7.; ¿y si se ordenó aquel en un puerto de mar junto al territorio de los Sarracenos? Véase al mismo Bald. en la rubr. D. *de rer. divis.* col. 4. vers. *sed quæritur, an portus maris.* — *Cuando un español otorga su testamento en pais estranjero, es preciso atender á dos cosas: á la forma, ó sean las solemnidades esternas, y al tenor de la disposicion. En cuanto á la forma, basta que se halle arreglado á lo que previenen las leyes del pais donde se testa: es opinion general que para la validéz de cualquier acto ya sea contrato, ya testamento ú otro de esta naturaleza, basta que se observen las formalidades prescritas en el punto donde se celebra; destrúyase este principio, y tendremos mucho adelantado para el aislamiento de los pueblos: no pudiendo entónces pasar persona alguna á nacion estranjera, sin que se suspendiese el ejercicio de los derechos que le competen sobre sus cosas. Por lo que mira al tenor de la disposicion, será menester que el testador se arregle á lo prevenido en las leyes de su patria, escepto en cuanto á los bienes raices que poseyese en pais estranjero, de los cuales no puede testar de otra manera que con arreglo al derecho del pais donde se hallan situados; porque las leyes de una nacion no pueden tener efecto sobre aquellos bienes, que forman parte del territorio de otra, sea cual fuere el poseedor.

(34) En el dia, empero, en virtud de d. l. 3. de Toro, [l. 2. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.], deberá guardarse la misma solemnidad entre los hijos, que entre estraños; cuya ley procede aunque se teste por escrito, á tenor del espíritu y de las palabras de la misma, y lo demuestra muy bien Miguel de Cifuentes, en la glos. á d. l.

(35) Por derecho comun bastaban dos testigos varones ó hembras, aunque no fuesen rogados, segun lo anotado por la Glos. en la auth. *quod sine*, C. *de testam.*, y en la l. últ. §. 3. C. *de codicil.* en el dia sin embargo en virtud de d. l. del Ordenam. y de la cit. l. de Toro parece que en el testamento *inter liberos* deberán asistir testigos varones, y no hembras, segun pretende Diego del Castillo en la glos. á d. l. 3. sobre la palabra *siete testigos*, á pesar de no ser concluyentes sus razones. Y tal vez en rigor de derecho, en el testamento á favor de los hijos seria mas acertado lo contrario, por haberse omitido esto tanto en la l. del Orden., como en la de Toro, las que solo hablaron del número de testigos, mas no de su calidad, esto es, que debiesen ser varones. Y así, como caso omiso, debiera atenderse la disposicion del derecho comun, l. 10. D. *de liber et posth.*, l. 64. §. 9. D. *solut. matr.*, l. 32. C. *de appell.* y l. 27. C. *de testam.* Medítese sin embargo, pues desde que d. l. del Ordenam. fue interpretada como que hablara de testigos varones, y con razon, pues las mugeres no pueden serlo, segun la l. 9. de este tít. de Part.; la ley de Toro que hace referencia á aquella, parece exigir que los testigos sean varones, aunque el testamento se otorgue entre los hijos: y esto es lo mas acertado.

(36) Nótese que cuando el padre divide la he-

dezimos, que si en tal testamento como este fuesse ayuntada otra persona estraña, que heredasse (37) al padre en vno con los fijos, que quanto tañe en la persona del estraño, non valdria el testamento; como quier que en todas las otras cosas que fuessen y escritas, o dichas, seria valedero. (38). E aun dezimos, que si el padre faze testamento en escrito (39) non guardando todas las cosas, que diximos que deuen y fazer, e ser guardadas, poderlo ya fazer en dos maneras. La primera es, que despues que el testamento es escrito, deue soescreuir el padre, diziendo assi: Este testamento, que fize, quiero que sea guardado; otrosi deuen dezir, e soescreuir los fijos: Este testamento, que fizo nuestro padre, otorgamoslo. La segunda manera es, que si el padre supiesse escreuir, que lo puede fazer de su mano, diziendo en el los nomes de todos sus fijos, e todo su testamento en que manera lo faze; e como lo ordena; e sobre todo, deue el assi escreuir: Todo quanto en este testamento escreui, quiero que sea guardado. E en el testamento que fuesse fecho en alguna destas dos maneras, puede el padre mandar algo a ome estraño; e si quisiere, puede franquear sus sieruos: pero ha menester, que tal testamento sea fecho ante dos testigos (40) a lo menos, rogados (41), e llamados para esto.

LEY 8. *Como puede mudar, e reuocar el padre el testamento que ouiesse fecho entre sus fijos.*

Mudar, e reuocar puede el padre, o el auuelo, el testamento, o la manda, que ouiesse fecho entre sus fijos en alguna de las maneras (42) que diximos en la ley ante desta, faziendodes pues (43)

rencia entre sus hijos, los testigos deben ser rogados, lo que anótese en la l. últ. C. *famil. ercisc.*

(37) Entiéndase latamente, ya sea por via de legado, ó de institucion, l. últ. C. *famil. ercisc.*, y l. 21. §. 1. C. *de testam.*, Y esto se indica tambien en nuestra ley hácia el fin.

(38) Entiéndase del caso en que los hijos fuesen instituidos igualmente; otra cosa seria si mediase desigualdad, segun Ludovic. Roman consil. 385. fundado en la decision del Specul. tít. *de instrum. edit.*, §. *compendiosè*, vers. *quid si pater habens tres filios*, diciendo que el privilegio de que goza el testamento paterno entre los hijos, procede, cuando el padre dispuso á favor de todos, si estos eran muchos; mas no si la disposicion recae en favor de uno solo: y espresa Decio en el consil. 105. hácia el fin. que esta decision parece muy justa y natural; á mi sin embargo me repugna algun tanto, y está en contra de la misma Paul de Castr. en la l. 21. hácia el fin C. *qui testam. fac poss.*; bien que en el dia por ser de poca importancia esta cuestion en virtud de la cit. l. de Toro, no insisto en ella. Limítese tambien esta ley al caso en que los hijos fuesen instituidos; mas no los estraños, aunque se hubiese legado á favor de los primeros, segun espone Socin. consil. 5. vol. 3. hácia el fin; y téngase presente que el testamento que se hace entre los hijos, siempre se juzga contener la cláusula, de que valga del mejor modo, l. 41. §. 2. D. *de vulg. et pupil.*, y Alex. en d. §. 1. l. 21. C. *de testam.*

(39) Lo dicho pues al principio de esta ley se refiere al testamento meramente nuncupativo ó con escritura en la que intervinieron dos testigos; lo que sigue empero tiene lugar cuando el testamento se ordena no paladinamente, sino por escrito, aunque de un modo menos perfecto, así lo declara Azon en la Suma C. *de testam.*, col. antep., vers. *sed nostri Doctores.* Glos. en la auth. *quod sine* C. de tít.

(40) ¿Qué diremos si el testamento es á favor de alguna causa piadosa? Véase el cap. *relatum*, *de testam.*, y el cap. *cum esses* d. tít.: ¿y si se otorga en tiempo de peste? V. Alex. en la l. últ. C. d. tít., y latamente Francisco de S. Nazario en su tratado *de peste*, fol. 37. y siguiente: acerca, del que se otorga en un viage marítimo, v. Cepol. en su trat. *de servit.* cap. *de portu*, y la l. 1. tít. 2. lib. 5. del Ordenam.

(41) Así pues, si tambien en el testamento hecho á favor de los hijos, á pesar de ser privilegiado, era menester que fuesen rogados los testigos, con mayoria de razon deberá esto observarse en el dia, atendida la cit. l. de Toro.

(42) Repruébase aquí la opinion de Ang. en la auth. *hoc inter liberos* C. *de testam.* donde dice que si el testamento á favor de los hijos está escrito de mano del padre, no se invalidará por medio de otro, aunque fuere perfecto, mientras en este no se hiciere revocacion del primero, segun se dispone en la auth. *quod sine* C. *de testam.* y en la l. ant. hácia el fin. Otra cosa seria, segun él, si el primer testamento entre los hijos fuese nuncupativo; y lo propio pretendia Alberic. en el princip. de d. auth. Empero, á tenor de esta ley y de la anterior, es indistintamente indispensable que el padre haga mencion espresa del primer testamento; y así se opinaba comunmente en d. auth. *hoc inter liberos.* Téngase esto presente, pues, la Nov. de donde deriva d. auth. *hoc inter liberos*, venia en apoyo de la opinion de Ang. y Alber.

(43) ¿Qué diremos si no hace otro testamento y si solo deroga el primero? Parece que esto no

otro testamento acabadamente ante siete testigos, e diziendo en el (44), como muda, e reuoca el otro que fiziera primero. Ca si el segundo testamento non fuesse assi acabado, non se desataria porende el primero.

LEY 9. *Quales omes non pueden ser testigos en los testamentos.*

Testiguar non pueden en los testamentos, aquellos que son condenados por sententia, que fuesse dada contra ellos, por malas cantigas (45) o ditados que fizieron contra algunos con entencion de enfamarlos. Nin otrosi el que fuesse condenado por juyzio de los Judgadores, por razon de algund malefecho que fiziesse; assi como por furto, o por homicidio, o por otro yerro semejante destos (46), o por mas graue, de que fuesse dada sentencia contra el. Nin otrosi, ninguno de los que dexan la Fe de los Christianos, e se tornan Moros, o Judios, maguer se tornassen (47) despues a nuestra Fe, que dizen en latin, Apostatas. Nin las mugeres (48), nin los que fuessen menores de catorze años. Nin los sieruos (49). Nin

basta, y que son indispensables entrambas circunstancias, á saber el testamento posterior y la derogacion del primero: y lo propio parece aprobarse en d. auth. *hoc inter liberos*, donde Paul. de Castr. promueve esta cuestion: y creo deberá concluirse que si derogó el primero, porque queria fallecer intestado, bastará esta sola circunstancia, segun lo anotado por Bart. en la l. 18. D. *d egat.* 3. y Alex. en la l. 30. col. 1. C. *de testam.*

(44) Nótese bien; pues no bastaria la cláusula general revocatoria de cualquier otro testamento, si no espresase que deroga cualquiera que hubiese sido hecho entre los hijos, así lo decide Paul. de Castr. en d. auth. *hoc inter liberos*, lo que debe tenerse presente; y así opina tambien Bald. allí en el principio, y lo sostiene Socin. consil. 163. col. 8. vol. 2.; y con razon, pues ya que este testamento entre los hijos contiene la tácita cláusula derogatoria, conviene que se haga mencion de él para invalidarlo. Empero los DD. no espresan en d. auth. si se presumirá en el testamento á favor de los hijos, la cláusula derogatoria de los testamentos anteriores, así como se entiende de los posteriores. Socin. en d. consil. opina por la negativa en el supuesto que fuese menester la especial derogacion del primer testamento, por ej., por haber en él la cláusula derogatoria, y dice que esto no se halla prevenido por el derecho. Empero, esceptúese el caso en que tambien fuesen instituidos los hijos en el segundo testamento, y les fuese este mas favorable que el primero; pues entónces el primero quedaria revocado sin otra especial derogacion, la Glos. en la Novel. 107., Bald. en d. auth. *hoc inter liberos.*, Alex. en su consil. 46. vol. 2., y Paul. de Castr. en la cit. auth.; y nótese tambien que el transcurso de diez años despues de ordenado el testamento entre los hijos, produce los mismos efectos que la cláusula derogatoria, l. 27. C. *de testam.*, y Alex. consil. 105. vol. 4. col. antepen. Y si en el segundo testamento se dispusiese á favor de alguna causa piadosa, instiuyéndose al mismo tiempo á los hijos, entónces no seria necesaria la cláusula derogatoria del primer testamento hecho á favor de los mismos, segun esponen Alex. en d. consil. 105, y Jas. en la cit. auth. *hoc inter liberos*, vers. 4. *singulariter limita.* Acerca de sí procederá lo que se dispone en esta ley, cuando en el primer testamento se dispuso á favor de una causa piadosa, de modo que en el siguiente sea necesaria la cláusula derogatoria del primero, v. Socin. consil. 229. vol. 2. col. últ. vers. *postremo*, quien sostiene la afirmativa, cuya decision es singular y cita á Oldrald. consil. 119. *Titius condidit testamentum*, etc. Nótese tambien que si sobreviniere causa para revocarse el primer testamento, entónces no se requiere en la revocacion la cláusula derogatoria, segun Bald. en d. auth. *hoc inter liberos.*

(45) Añád. la l. 18. §. últ. D. *qui testam. fac. poss.*

(46) V. l. 5. tít. 6. Part. 7. y l. 1. D. *de his qui not. infam.*, donde se espresa quienes son considerados infames de derecho por delito público ó á consecuencia de delito privado; y á los últimos comprende tambien lo que se lee en esta ley. ¿Podrán empero los condenados por razon de algun contrato que irroga infamía, ser testigos en el testamento? Parece que sí, puesto que esta ley no los escluye. Sin embargo se opone á esto el que se desecha el testimonio de los infames, sea cual fuere le causa por que se consideren tales, cap. *licet ex quadam*, *de test.*, y cap. *præterea*, *de testib. cogend.*, lo anotado por la Glos. y comunmente los DD. en la l. 1. C. *de summ. Trinit.* et *fid. cathol.* Y lo que dije en la l. 8. tít. 16. Part. 3.; con mayor motivo pues deben ser desechados en los testamentos, donde el perjuicio puede ser de mas trascendencia: y esto parece lo mas acertado, debiendo nuestra ley suplirse en esta parte por medio de otras; y de consiguiente el infame de derecho, sea cual fuere la causa de ello, no puede ser testigo en el testamento.

(47) Añád. la l. 3. C. *de apost.*

(48) Añád. el §. 6. Instit. *de testam.*

(49) Entiéndase lo mismo de los religiosos,

los mudos. Nin los sordos. Nin los locos, mientra que estouieren en la locura. Nin aquellos, a quien es defendido que non vsen de sus bienes, porque son desgastadores dellos en mala manera, ca estos atales non pueden ser testigos en testamento. Otrosi non lo puede ser, ome que es sieruo de otro. Pero si alguno de los testigos, que se acertaron quando se fizo algund testamento, andaua en aquella sazon por ome libre (50), maguer despues fuesse fallado en verdad que era sieruo, non se embarga el testamento por esta razon.

LEY 10. *Si puede ser testigo, o non en el testamento, el que ha natura de varon, e de muger.*

Hermafroditus en latin, tanto quiere dezir en romance, como aquel que ha natura de varon, e de muger. E este atal, dezimos, que si tira mas a natura de muger que de varon, non puede ser testigo (*d*) en testamento, nin en todas las otras mandas que ome fiziesse. Mas si se acostasse mas a natura de varon, estonce bien puede ser testigo en testamento, e en todas las otras mandas que ome fiziere.

LEY 11. *Si aquellos a quien mandan algo en el testamento, pueden ser testigos en el, o non.*

Contienda nasciendo sobre el testamento, entre el heredero que era escrito en el (51), e los parientes del finado que quisiessen desatar el testamento; estonce dezimos, que bien pueden testiguar aquellos a quien fuesse algo mandado en el, si se acertaron y quando fue fecho. Esso mismo seria, si alguno destos a quien el finado dexasse algo en el testamento, ouiesse contienda con los herederos, en razon de la cosa quel fuesse mandada en el. Ca estonce podrian testiguar los otros (52), que fuessen y escritos, sobre tal razon, pues que non tañe la contienda de tal cosa a ellos. Mas el que fuesse establecido por heredero (53), o su padre, o los que descendiessen

(*d*) en testamento; mas si Acad. si no hubiesen obtenido licencia del Abad., segun manifiesta Juan Fabr. en d. §. 6. Instit. *de testam.* y allí decide que por este motivo pueden impugnarse muchos testamentos, en los que han intervenido religiosos por testigos sin dicha licencia; empero sostengase lo contrario, puesto sin está bien pueden ser los religiosos testigos instrumentarios, segun esponen Socin. en el consil. 17. vol. 1. Cardin. consil. 100. que empieza *testator habet*, y Felin. cap. *cum nuntius*; *de testib.* —* Hoy dia, como gozan de la testamentifaccion activa y pasiva, podrán indudablemente ser testigos. Decreto de Córtes de 22 de Julio de 1837, art. 38.

(50) Añád. la l. C. *de testam.*, y el §. 7. Instit. d. tít.

(51) Parece deducirse de estas palabras que la ley se concreta al caso en que los legatarios se presentan como testigos acerca el valor del testamento hecho por escrito, ó que hubiere sido reducido á escritura pública en la que los mismos fueron continuados. No tendria pues lugar en el testamento nuncupativo, del cual no se hubiese hecho escritura pública, de cuyo parecer fué Nico de Mathar. citado por Bald. en la l. 22. C. *de testam.*, Y lo mismo pretendia Abb. en el cap. *insuper*: empero, si á los legatarios se les debiesen las mandas, fuese ó no válida la institucion de heredero, serian indistintamente admisibles como testigos, segun Juan Andr. Anton. y Abb. siguiendo á otros DD. antiguos en d. cap. *insuper*; por lo que, como en el dia en virtud de la ley del Reino tít. 1. *de los testamentos* lib. 5. del Orden. aunque se vicie el testamento [la institucion de heredero, querría decir] ó no quede cedida la herencia en fuerza de este, se deben aun los legados, debiera decirse que los legatarios serán tambien admitidos indistintamente como testigos, V. Juan Fabr. en el §. 11. Instit. *de legat.*, Alex. consil. 177. col. pen. vol. 2., y Juan de Imol. en la l. 20. princ. D. *de testam.*

(52) No debe entenderse, pues, del mismo legatario litigante, v. Ang. en el §. 11. Instit. *de legat.* —* Pero entonces faltará el competente número de testigos: además, esta ley envuelve una contradiccion, que en pocas palabras quedará manifestada. El derecho romano reconocia como testigos capaces á los legatarios, fundado en que el verdadero acto del testamento tenia lugar esclusivamente entre el testador y el heredero, de cuya sutileza resultaba que los legatarios testigos no atestiguaban en causa propia. Nuestra ley los admite tambien, partiendo al parecer del mismo principio, pero pensando tal vez estender sus consecuencias desecha al legatario cuando la cuestion versa en particular sobre la manda, porque vá se trata de su interes ó de su negocio; ahora bien, admitido esto, debiera el legatario ser incapaz de atestiguar acerca la totalidad del testamento, por que el legado depende ante todo de la existencia de aquel.

(53) Añád. el §. 10. Instit. *de testam.*, y téngase presente esta ley en cuanto habla de los hermanos y parientes hasta el cuarto grado, pues no recuerdo haberlo visto así en el derecho comun: véase sin embargo lo anotado por Salic. en la l.

del, o sus hermanos, o los otros parientes cercanos fasta el quarto grado (54), non pueden ser testigos sobre la contienda, que ouiesse el heredero con los parientes del finado, o con los otros omes, en razon del testamento, en que fuesse escrito (55) por heredero.

LEY 12. *En que cosa puede ser escrito el testamento.*

En pergamino de cuero, o de papel, o en tablas, quier sean con cera, o de otra manera, o en otra cosa, en que se pueda fazer escritura, e parescer, puede ser escrito el testamento. E aun dezimos, que de vn testamento puede ome fazer muchas cartas de vn tenor. E de estas cartas puede el testador lenar la vna consigo, e las otras puede poner en algund logar seguro, assi como en Sacristania de alguna Eglesia, o en guarda de algund su amigo. E estas cartas deuen ser fechas en vna manera, selladas de vnos sellos mismos, e de tantos la vna como la otra, de guisa que acuerden las vnas con las otras. Pero si alguna dellas fuere menguada, non empece (56) a las otras, que fuessen complidas.

LEY 13. *Quien puede fazer testamento, e quien non.*

Todos (57) aquellos a quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro, pueden fazer testamento; e los otros que non le pueden fazer, son estos. El fijo que esta en poder (58) de su padre, maguer el padre gelo otorgasse. Pero si fues-

6. C. *de testib.*, donde tambien opina que en este caso la computacion de los grados deberá hacerse segun el derecho civil, acerca de lo cual v. l. 3. tít. 6. Part. 4.

(54) Véase lo anotado por Alex. consil. 47. princ. vol. 2., y parece probar esta ley, que si uno de los testigos del testamento no fuese hábil, ó mayor de toda escepcion, entónces no se supliria su defecto por la capacidad de los otros, por exigirse que todos sean capaces: v. Jas. en la l. 6. §. 1. col. 1. D. *de edend.*, Decio consil. 105. lo que dije en la l. 1. de este tít., glos. 10., y lo espuesto por Juan de Imol. en la l. 20. princ. D. *de testam.*, donde opina que si hay dos testigos no mayores de toda escepcion, se reputan uno solo —* ¿Qué diremos de los ascendientes y descendientes del testador? ¿serán testigos hábiles? No cabe duda cuando el testamento es militar, en la última parte de la l. 14. tít. 16. Part. 3. empero por lo que mira á los demás testamentos párece dudoso. Es verdad que en la l. cit. se dice por punto general, que los ascendientes no puedan atestiguar por los descendientes, ni vice versá: pero á no engañarnos se refiere ella al caso en que tales personas instituyan alguna accion ó sean reconvenidas en *juicio*; siendo de notar que esta palabra se encuentra en el testo de la Academia. La razon mas poderosa á favor de la incapacidad de tales personas, es la cláusula citada de dicha ley, en que se admite al padre como testigo en el testamento militar del hijo: de lo que se deduce *á sensu contrario*, que será incapaz en otro caso. Pero por otro lado parece estraño que en este lugar no se hubiese hablado de semejante incapacidad.

(55) De esta palabra parece inferirse que aunque el testamento se halle reducido á escritura por medio de escribano, ú otro, no podrán ser testigos los parientes del heredero dentro del cuarto grado. Y si bien parece obstar lo que dije arriba en la glos. 51., hay que advertir, que es muy diferente el caso de estos que son desechados por derecho, del de los legatarios quienes son admitidos de derecho: y esta ley está tambien en contra de lo anotado por Salic. en la l. 6. C. *de testib.*, donde pretendia que el hermano era testigo hábil en el testamento de su hermano, con tal que fuese rogado, dando por razon que el testador es árbitro respecto de un acto que á él solo toca, y alegando la l. 20. §. 2. D. *qui test. fac. poss.*, en efecto como se ve aquí, no podrá serlo; es decir si el heredero instituido fuese hermano del testigo; empero si fuese instituido un estraño, tendrá lugar la decision de Salic.

(56) Nótese esta palabra, pues á fin de que la prueba sea mas abundante, se escribe en muchas cartas, l. 24. vers. *idque interdum* D. *qui test. fac. poss.*; por lo que si se halla legal y correctamente estendido en algunas cartas, se llevará á efecto lo que ellas contienen, sin que perjudique la carta defectuosa; pues la mucha precaucion no suele dañar, l. 17. C. *de testam.*, y la Glos. y los DD. en la l. últ. C. *secund. tab.* cap. *cum. J. et. de re jud.* —* A tenor de la l. 11. tít. 24. lib. 10. Nov. Rec. art. 50. y 51., los testamentos y codicilos abiertos, en que haya mejora de tercio ó quinto, vínculo, mayorazgo, fundacion, dotacion ó memoria perpetua, deben escribirse en papel del sello mayor, y los demás en sello cuarto: los testamentos ó codicilos cerrados, de cualquier género que sean, deben escribirse en pliegos del sello cuarto enteramente, porque han de servir de protócolos.

(57) Añad. la l. 5. D. *de probat.*, y l. 4. D. *qui test. fac. poss.*

(58) En el dia puede testar, como si fuese padre de familia, en virtud de la l. 5. de Toro

se Cauallero, o ome letrado, qualquier destos fijos, que aya de los bienes que son llamados peculio castrense, vel quasi castrense, puede fazer testamento dellos. Otrosi dezimos, que el moço (59) que es menor de catorze años, e la moça que es menor de doze años, maguer non seau en poder de su padre, nin de su auuelo, non pueden fazer (60) testamento. E esto es, porque los que son desta edad, non han entendimiento complido. Otrosi el que fuesse salido de memoria (61), non puede fazer testamento, mientra que fuere desmemoriado (62); nin el desgastador (63) de lo suyo, a quien ouiesse defendido el Juez (64) que non enajenasse sus bienes. Pero si ante (65) de

[l. 4. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.] la cual corrige esta ley y otras semejantes. Empero acerca del derecho comun, véase sobre el particular latamente Guillelm. Benedict. en la repet. al cap. *Raynutius*, *de testam.* en la palabra *et Matrem insuper Cleram.* y el cap. *licet de sepult.* lib. 6. sin embargo en el dia no podrá testar de los bienes adventicios, perjudicando al padre en el usufruto, segun Juan de Imol. en el cap. *quia de ingredientibus*, *de testam.* col. 6. y 7. princ.; así es que los frutos de dichos bienes continuan siendo del padre, aunque el hijo entre en religion, segun Juan Fabr. y Salic. en la auth. *ingressi C. de sacros. eccles.*, á pesar de lo que dijo Abb. en el cap. *in presentia* col. 19., *de probat.*

(59) Y tendrá lugar la disposicion de esta ley, aunque el púpilo testare en beneficio de causas piadosas, como lo prueba el cap. *si pater*, *de testam.* lib. 6., y esta es general opinion de los DD. la que sostienen Bart. en la repet. á la l. 1. C. *de sacros eccles.*, y Bald. allí cuest. 11., donde pueden verse tambien Salic. contra Richard. su tio, y Alex. y lo manifiesta latamente Guillelm. Benedict. en la repet. al cap. *Raynutius*, *de testam.* en la palabra *adjecta impuberi*: y allí añade que el testamento se presume hecho por el púbero; lo que es digno de notarse; por lo que si alguno afirmare lo contrario le incumbirá probarlo; cita en su apoyo a Innoc. y otros en el cap. *in presentia*, *de probat.* cuyo testo es notable para el caso.

(60) Si el impuber fuese capaz de dolo, podria el Príncipe autorizarle para otorgar testamento, v. Alex. en la l. últ. C. *de testam. milit.*, y en la l. 4. C. *qui testam. fac. poss.*, y Bart. en la l. 4. D. *de testam.*

(61) ¿Qué diremos acerca del fátuo? Juan Fabr. en el §. 1. Instit. *quib. non est permiss. fact. test.* sostiene que podrá testar, y lo mismo opina allí Ang., y hace el caso la l. 4. C. *qui test. fac poss.*, donde Paul. de Castr. y Alex. dicen que el mayor de 14 años, aunque tenga débil su entendimiento, podrá testar, pues esto no lo toma en consideracion la ley despues de tal edad, y entiéndase del fátuo que forma juicio de la cosa, como decide Juan Fabr. lug. cit.: Isidoro. sin embargo en el lib. 10. *ethymologiarum* y S. Tom. 2, 2. q. 46. art. 1. refieren llamarse fátuo aquél que carece de sentido para juzgar: y tonto el que lo tiene, pero embotado: mas el furioso no puede testar, segun esta ley, ni aun á favor de causas piadosas, cap. últ. *de succes. ab instit.*, y lo mismo debe decirse del ébrio, mientras lo está, por compararse al furioso, cap. *á crapula*, junto con lo anotado allí, *de vita et honest. cleric.* y v. Glos. en el cap. *unusquisque* 22. q. 4.: lo mismo tendrá lugar respecto del que duerme, Clement. *si furiosus, de homicid.*, y lo manifiesta Barbat. en el cap. 2. *de testam.* y cap. últ. *de success ab intest.*; lo propio procederá respecto del frenético, arg. d. Clement. *si furiosus*, v. Bald. en la l. 2. col. 7. vers. 10. *quæro*, C. *de rescind. vend.*, y señaladamente el cap. *cum dilectus*, *de succes. ab intest.*

(62) Empero, en caso de duda ¿se presumirá otorgado el testamento durante un intervalo de sano entendimiento? V. Glos. en el cap. *indicas germanum*, 3. cuest. 9., y cap. últ. en la palabra *compotem*, *de success. ab intest.* Bart. en la l. 2. D. *de bonor. poss. infant. furios.* hácia el fin, y Bald., Alex. y Jas. en la l. 9. C. *qui test. fac. poss*; la resolucion de los DD. parece ser, que si el furor no fue instantáneo, ó de corta duracion, sino que continuó por algun tiempo, ó por espacio de meses, por mas que alguna vez hubiese tenido lúcidos intervalos, se presumirá verificado el acto al tiempo del furor, á no ser que la parte adversa probare lo contrario: véanse acerca de esto Rodrig. Suar. en su alegat. 1., Jas. en d. l. 9. vers. *quid autem si non apparet quo tempore*, Socin. consil. 42. vol. 1., y Alex. consil. 14. vol. 1. y consil. 85. vol. 2. donde lo trata señaladamente, y consil. 92. col. 4. vol. 5.

(63) Añád. la l. 18. D. *qui testam. fac. poss.*, y el §. 2. Instit. *quib. non est perm. fact. test.* ¿Y si se testare á favor de causas pias? V. Bald. en la l. 1. C. *de sacros eccles.*, y Juan de Imol. en el cap. *quia ingredientibus*, col. 5., *de testam.*, quienes están por la negativa; valdria empero el testamento hecho antes de la interdiccion, segun los mismos allí, y se lee en esta ley.

(64) No se habla pues aquí de la interdiccion que proviene de la ley, en cuyo caso no se sostendria el testamento, aunque hubiese sido hecho antes; lo que no tiene lugar cuando aquella emana del juez, segun se espone en esta ley.

(65) Si alguno se hace inhábil para testar ¿subsistirá el testamento otorgado anteriormente? V. Juan de Imol. en d. l. 18. — * Puede uno hacerse inhábil por caer en la locura ó demencia, ó por haber cambiado su estado; en el primer caso, el testamento subsiste, como lo dice es-

tal defendimiento ouiesse fecho testamento, valdria. Otrosi dezimos, que el que es mudo (66), o sordo desde su nascencia (67), non puede fazer testamento. Empero, el que lo fuesse por alguna ocasion, assi como por enfermedad, o de otra manera, este atal, si supiesse escriuir, puede fazer testamento, escriuiendolo por su mano misma (68). Mas si fuesse letrado (69), e non supiesse escreuir, non podria fazer su testamento; fueras ende en vna manera, si le otorgasse el Rey, que lo escriuiesse otro alguno en su lugar. En esta manera misma podria fazer testamento el ome letrado, que fuesse mudo de su nascencia, maguer non fuesse sordo: e esto acaesce pocas vezes(70). Empero, aquel que fuesse sordo desde su nascencia, o por alguna ocasion, si este atal pudiere fablar (71), bien puede fazer testamento.

LEY 14. *En que manera el que fuere ciego puede fazer testamento.*

El ciego non puede fazer testamento, fueras ende desta manera (72): deue llamar siete testigos(73), e vn Escriuano publico, e delante dellos deue dezir, como quiere fazer su testamento. Otrosi deue nombrar, quales son aquellos que establesce por sus herederos, e que es lo que manda; e el Escriuano deue escreuir todas estas cosas delante los testigos, o si eran ante escritas (74), deuen ser leydas delante dellos; e despues que fueren escritas, e leydas, deue dezir el ciego manifiestamente, como aquel es su testamento. E

presamente nuestra ley; y empero, en el segundo se invalida, segun la l. 18. de este tít.

(66) Trae su orígen de la l. 7. D. y de la l. 10. C. de d. tít., *qui test. fac poss.*, y del §. 3. Instit. del mismo tít., y de lo anotado por Az. en la Suma C. *qui testam. fac. poss.* vers. *item mutus*.

(67) Entiéndase del mudo que carece de entendimiento, mas no de otra manera, segun manifiesta Alex. en la l. 10. C. *qui test. fac. poss.*, donde puede verse acerca del militar mudo, y lo que deberá decirse cuando este testare á favor de causas pias.

(68) Así pues el que perdiere el habla estando enfermo, no podrá testar instituyendo al heredero por signos, deberá por consiguiente en tal caso escribir de mano propia el nombre de este segun se manifiesta aquí: y v. Ang. en la l. 10. C. *qui test. fac. poss.*, y Paul. de Castr. en la l. 8. vers. *at cum humana* C. *qui test. fac. poss.*

(69) Esto es, que supiese leer.

(70) Pues el que es mudo debe necesariamente ser sordo, d. l. 10. y Az. lug. cit.: y nótese que al que es mudo y sordo de nacimiento, ni el Príncipe le puede autorizar para testar; pues de ningun modo puede demostrar lo que concibe en su mente ó entendimiento, en términos que se supone no tenerlo en cuanto al exercicio, segun Paul. de Castr. quien lo declara así en la l. 7. D. *qui testam. fac. poss.*, lo que debe entenderse, como dije antes en la glos. 67., cuando el mudo carece enteramente de entendimiento, mas no de otro modo; y lo decide Bald. en la l. 9. col. 11. C. *de impub. et aliis*, que por esta razon no puede instruirse proceso contra el sordo-mudo de nacimiento: véase sin embargo Bald. en la l. un. col. 6. C. *de confess.*

(71) Respecto del sordo que lo es de nacimiento esto parece imposible por naturaleza, porque como tal, es tambien mudo, segun Az. lug. cit.

(72) Tenemos pues, que el ciego no puede testar por escrito, de modo que no sepan su disposicion los testigos ni el escribano; podria ser engañado fácilmente, presentándose una escritura por otra.

(73) En el dia bastan cinco, segun la l. 3. del Orden. de Toro. — * Esta es la l. 2. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.: dispone ella simplemente que deben intervenir cinco testigos en el testamento del ciego: lo que es una especie de aclaracion de la ley del Ordenamiento, que fija el número de testigos en los testamentos nuncupativos ó abiertos, de cuya especie ha de ser forzosamente el del ciego. En vista de la generalidad de las palabras de la ley dúdase si será menester la intervencion de escribano, y que los testigos sean vecinos. Parécenos en primer lugar necesario el escribano, ó un téstigo que haga sus veces, no pudiendo ser habido dicho funcionario; porque no habiendo hablado mas que del número de testigos la ley de Toro, podemos decir que en lo restante ha dejado intacto el derecho de Partidas, mayormente tratándose de un testamento escepcional: además, suponiendo que la ley de Toro hubiese suprimido el escribano, tendriamos que el ciego testará de la misma manera que pueden hacerlo los demás en virtud de la ley del Ordenam., lo que no es probable entrase en la intencion de d. l. de Toro. En segundo lugar opinamos ser indispensable la calidad de vecinos en los testigos; atendido que, ni aun á los demás hombres permite la ley testar con solos cinco testigos no vecinos, sino que faltando esta circunstancia exige que concurran en número de siete.

(74) Puesto que puede el testamento escribirse sin testigos, aunque sea muchos dias antes, l. 8. vers. *at cum humana* C. *qui testam. fac. poss.*, y allí Paul. de Castr.

de si, cada vno de los testigos deue escriuir su nome (75) en aquella carta, si supiere escreuir; e si non, deuelo fazer escriuir a otro. E tambien el Escriuano publico que escriuiere la carta, como los testigos, deuen sellar la carta con sus sellos: e si el Escriuano publico non se pudiere auer, deuen auer otro que lo escriua, e que sean con el ocho testigos en lugar del Escriuano. E esta guarda deue ser fecha en el testamento del ciego, porque non pueda ser fecho ningun engaño.

(75) En el dia empero, en virtud de la l. 3. de Toro [l. 2. tít. 18. lib. 10. Nov. Recop.] deberá observarse en el testamento del ciego esta solemnidad junto con los demás que se describen en esta ley? Parece que sí, pues por medio de la de Toro no se ha hecho variacion en esta parte, sino en cuanto al número de testigos; de consiguiente tendrá que observarse esta ley en todo lo demás, l. 27. C. *de testam.* así opina Miguel de Cifuentes: y si bien lo dicho parece conforme á derecho, creo sin embargo que en la pratica no se entenderá viciarse el testamento del ciego, aunque se omitan esta solemnidad y los sellos de los testigos: en primer lugar, tales sellos han caido en desuso, exigiéndose tan solo las firmas en virtud de la ley de Toro en los testamentos escritos; además, como d. l. de Toro aclarando la del Orden. quita la duda que se originaba de esta acerca de si quedaba derogada esta ley de Part. que dispone especialmente respecto del testamento del ciego, y declaró que en el de este deben intervenir cinco testigos; parece deducirse que tocante á las demás solemnidades deberá observarse d. l. del Ordenam. segun la cual, ni la firma ni el sello son necesarios; parece pues que la l. de Toro quiso corregir esta de Part. que prescribe la forma del testamento del ciego, reduciéndola á la general prescrita en d. l. del Orden.; podia d. ley derogar á esta, por ser punto de derecho positivo; pudiendo tambien hacerse, como dice Bart. por medio de estatuto, l. 4. D. *de testam.* Y si bien por medio de d. l. del Orden. no podia decirse con razon haberse corregido esta ley tocante al testamento del ciego, segun lo anotado por Bald. en la cit. l. 4. D. *de testam.*, donde dice, que por medio del estatuo que dispone ser bastantes cinco testigos en los testamentos, no parece derogado lo que sobre el testamento del ciego prescribe el derecho comun; sin embargo despues de d. l. de Toro segun la cual bastan cinco testigos para d. testamento, parece indudable que las solemnidades prescritas por está ley han caducado; aun mas en fuerza de d. ley parece que caso que no pueda ser habido escribano, valdria el testamento del ciego hecho nuncupativamente en presencia de cinco testigos á quienes hubiese manifestado su voluntad, aunque no se hubiese reducido á escritura; empero este punto ofrece alguna duda: reflexione y decídase el lector. Procederá, empero, sin dificultad lo dicho, cuando el ciego testare á favor de los hijos; pues que los DD. en d. l. 8. C. *qui test. fac. poss.* opinan generalmente que la misma no comprende dicho caso: podria tambien, el ciego testar con solo dos testigos á favor de causas piadosas; segun el cap. *relatum*, y el cap. *cum esses*, *de testam.*, y lo propio pretendia Alex. en d. l. 8. col. últ.

LEY 15. *Como los que son judgados a muerte, o son desterrados para siempre, non pueden fazer testamentos.*

Judgado (76) seyendo alguno a muerte, por yerro que ouiesse fecho, pues que tal sentencia fue dada contra el, non puede fazer testamento (77). Esso mismo dezimos del que fuesse desterrado para siempre en alguna Isla, si le tomasse el Rey todo lo suyo; mas si non le tomasse todo lo suyo, o fuesse desterrado a tiempo, bien puede

(76) Trae su orígen de lo anotado por Az. en la Suma C. *qui test. fac. poss.* vers. *item diximus.*

(77) Esta ley y las del derecho comun, de las cuales esta se ha tomado, están corregidas por la l. 4 de Toro [l. 4. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.]: y aun dicen los DD. que en virtud de los estatutos y costumbres locales, los condenados á muerte natural ó civil hacen testamento, como dicen Juan de Imol. en el cap. *quia ingredientibus*, col. 8. *de testam.*, y Alber. en la l. 8. §. 1. D. *qui test. fac. poss.*; por lo que podrán tambien hacer donacion por causa de muerte, l. 32. §. 8. D. *de donat. int. vir. et ux.* Empero, así como en virtud de d. l. de Toro, las personas de que se trata quedan habilitadas para testar, ¿podrán tambien suceder por testamento? Parece que no, y así opina Miguel de Cifuentes al comentar d. l. A lo que puede añadirse lo que espresan la Glos. y los DD. en la l. 8. §. 1. glos. últ. D. *de testam.* Parece sin embargo estar en contra de lo dicho, el que pudiendo testar en virtud de esta ley, se consideran en consecuencia hábiles para suceder por testamento. Además, no considerándoseles esclavos de la pena cuando tratan de testar, tampoco deberán ser reputados tales cuando venga el caso de suceder; y tal vez esta ley no lo dispuso por no haber reputado siervo de la pena al condenado á muerte, de acuerdo con lo que pretendia Salic., aun hablando del derecho comun, en la auth. *sed hodié C. de donat. int. vir. et ux.*, siguiendo algunas glosas que tambien sostenian lo mismo, cuya opinion parece aprobarse en d. l. de Toro. Reflexiónese sobre este punto,

fazer testamento de los bienes que le fincaron. Otrosi aquel contra quien fuesse dada sentencia de muerte, e se alçare della, bien podria despues fazer testamento de lo suyo; e si ante que fuesse confirmada la sentencia, finasse, valdria el testamento que assi ouiesse fecho. Mas si este que fuesse condenado a muerte, es Cauallero, fizieron los Sabios antiguos departimiento, en razon del yerro por que era judgado. Ca, si el auia fecho yerro en Caualleria, assi como estando (78) en hueste, vendiendo, o baratando las armas; o fuesse desmandado al Cabdillo, faziendo lo que le vedaua, o non cumpliendo sus mandamientos, assi como deuiesse; si por tal razon como esta fuesse dada contra el sentencia de muerte, non podria despues fazer testamento. Fueras ende, si en tal juyzio fuesse otorgado, que lo pudiesse fazer. Ca estonce, en los bienes que son llamados castrense peculium, puede fazer testamento, o manda; mas de los otros non. E si por auentura el Caullero fuesse judgado a muerte, porque quebrantasse su fe (79), o por algund yerro que cupiesse en traycion, estonce non podria fazer testamento en ninguna manera. Pero si el yerro que fiziesse el Cauallero, non fuesse de fe quebrantada, nin tanxesse en pleyto de Caualleria; mas fuesse atal, en que caen los otros omes comunalmente a las vegadas, assi como por razon de adulterio, o de furto, o de otro yerro qualquier semejante destos; estonce bien podria fazer (80) testamento, despues que fuesse judgado a muerte, guardando, e poniendo en el todas aquellas cosas, que los otros omes deuen guardar e poner en los testamentos. Ca la mayoria, e el preuillejo que el ouiere por razon de la Caualleria en fazer (*e*) como quisiere, pierdelo por tal sentencia, que fuesse dada contra el.

LEY 16. *De los omes que son dados por refenes; e los judgados por enfamados, por cantigas que fizieron; e los que fuessen sieruos, e de los otros que non fazen testamento.*

Refenes dan a las vegadas los omes por si a los enemigos, por salir de catiuo (81). E porque estos atales, que son dados en refenes, non son en su poder, porende non pueden fazer testamento. Otrosi dezimos, que aquel contra quien fuesse dado juyzio, por razon de cantiga (82) por razon de ditado, que ouiesse fecho contra otro, en quel dixesse atal mal, por que pudiesse ser enfamado, este atal non podria despues fazer testamento. Otro tal seria, alguno fiziesse testamento, cuydando que era libre, si despues fuesse prouado que era sieruo, que si non valdria su testamento. Esso mismo seria, que non valdria el testamento, que fiziesse el que cuydasse ser salido de poder de su padre, si fuesse prouado despues, que non era assi. E aun dezimos, que los hereges, despues (83) que son

(*e*) el testamento Acad.

así como acerca de sí, podrán testar respecto de aquellos bienes que eran confiscados por derecho comun, advirtiendo que en virtud de una auténtica los bienes de los condenados se reservan á determinadas personas, así como por las ll. 6. tít. 7. Part. 7. §. 8. tít. 10. y l. 5. tít. 31 de esta Part., y v. Rodrig. Suar. en la repet. á la l. 9. tít. *de las mandas* lib. 3. del Fuero Real, 10ª limitacion. v. tambien lo que dije en la l. 5. tít. 31. Part. 7.

(78) Nótese aquí, que crímen se entiende militar, añád. las ll. 2 y 3. D. *de re milit.*, y l. últ. tít. 21. Part. 2.

(79) Esto es, el juramento que prestó cuando fué alistado en la milicia, segun se espresa en la l. 11. D. *de testam. milit.* Empero Paul. de Cast. en la l. 1. C. *de testam. milit.* cita por ej., si hizo traicion á su gefe en la guerra, ó bien si se pasó á los enemigos.

(80) La Glos. y los DD. dicen comunmente lo contrario, entendiendo así la l. 1. D. *de veter. et milit. success.*, pues, deciden que el militar condenado por algun crímen comun no puede hacer testamento, y lo mismo sienten Az. en la Suma C. *de testam. milit.* hácia el fin, y la Glos. y los DD. en la l. 1. C. d. tít. Sin embargo esta ley de Part. dice que el militar condenado á muerte natural ó civil por razon de algun crímen comun, podrá testar; mas no gozará del privilegio militar en esta parte, sino que deberá otorgar su testamento conforme al derecho comun.

(81) Lo mismo tendremos si se dan para ajustar ó mantener la paz, segun la Glos. en la l. 11. D. *qui test. fac. poss.*, y entiéndase con Bald. y Ang. en d. lugar, cuando se entregan rehenes á aquellos que no son súbditos, y que además no media con ellos relacion alguna (commercium) ni hospitalidad, por ej. á los Turcos. — * Sobre los rehenes, véase la adicion á la glos. 17. del tít. 13 de la Part. 5ª

(82) Añád. la l. 5. §. últ. D. *de injur.*, y l. 18. §. 1. y l. 26. D. *qui test. fac. poss.*

(83) Y lo que es mas, se invalida el testamento, si el testador incurre en el crímen de heregía ó en el de lesa majestad, l. 4. C. *de hæret.*, Paul. de Castr. en la l. 18. D. *qui test. fac. poss.* y l. 8. §. 1. D. d. tít.; está tambien fuera de duda tanto por derecho canónico, como por el civil, que los

condenados por sentencia de heregia, non pueden fazer testamento, nin aquellos que son judgados por traydores.

LEY 17. *Como, los que entraron en Religion, non pueden fazer testamento.*

Religiosa vida escogiendo algun ome, o alguna muger, de fazer, assi como entrando (84) en algun Monesterio, o faziendose hermitaño (85), o emparedado (86), o tomando otra Orden (87), este atal non puede fazer testamento; mas todos los bienes que ouiesse, deuen ser de aquel Monesterio, o de aquel lugar, do entrasse (88), si non ouiesse fijo, o otros que descendiessen (89) por la liña derecha, que hereden lo suyo. Mas si este

hereges de cualquier secta, así como sus cómplices creyentes, quedan privados de hacer testamento, auth. *credentes* C. *de hæret.* y el cap. *excomunicamus* §. *credentes* d. tít., y sus bienes confiscados desde el dia que se cometió el crímen, el cap. *cum secundum leges*, *de hæret.* lib. 6., y lo manifiesta Alex. en la l. 19. C. *de hæret.* ¿Empero el infame por razon de otro crímen podrá testar? Paul. de Castr. en la cit. l. 18. §. 1. D. *qui test. fac. poss.* decide que sí, y con razon, segun d. l. 8. §. 1., y l. 1. C. *de secund. nupt.*: añádase tambien, que el condenado por razon de algun libelo infamatorio no puede testar, la cit. l. 18. §. 1., y l. 5. §. últ. D. *de injur.* ¿Qué diremos del reo de sodomía? Phil. Dec. en la l. 1. D. *de secund. nupt.*, núm. 7. decide que no podrá testar, aun cuando no sea condenado por el mismo hecho, parece infame, l. 43. §. 12. D. *de rit. nupt.*. y además porque se entiende privado de los bienes; y así dice haber sido resuelto por un tal Anastasio Dr., segun se lee en el libro de los consejos de Barba al fin; y que los bienes del sodomita quedan confiscados, lo dispone la pragmát. de los Reyes Católicos.

(84) Entiéndase profesando tácita ó espresamente, pues durante el año del noviciado (acerca del cual v. el cap. 17. q. 1. en la Suma, el cap. 1. y cap. *beneficium*, *de regular.* lib. 6.) puede testar ¿Empero si fallece intestado durante dicho año, se adjudicarán sus bienes al monasterio, ó bien á los sucesores *ab intestato*? Hubo varias opiniones, acerca de las cuales véanse Juan de Imol. en el cap. *quia gredientibus* col. 3. *de testam*, y antes que este Cin. en el la auth. *ingressi* C. *de sacros. eccles.*; á mí me parece mas acertado el que entren los sucesores *ab intestato*, y á esta opinion se inclina Juan de Imol. lug. cit., y la sostienen Abb. en el cap. *in præsentia*, *de probat.*, y Jas. en la auth. *si qua mulier* hácia el fin C. *de sacros. eccles.*, donde cita á otros; por mas que Decio en el cap. *in præsentia*, *de probat.* núm. 73. dice opinarse mas comunmente á favor del monasterio, á cuya opinion parece se inclina. —* Hoy dia los religiosos secularizados y esclaustrados de ambos sexos gozan de la testamentifaccion activa y pasiva, decreto de Córtes de 22 de Julio de 1837. art. 38.

(85) Si se entiende de los ermitaños que hacen profesion, como son los monges de S. Agustin, de los cuales se trata en el cap. 1. vers. *sanè*, *de religios. domib.* lib. 6., procede esto sin dificultad; empero el que es ermitaño no profeso, ya que puede tener bienes propios, está facultado para hacer testamento, segun Alberic. en la auth. *ingressi* col. pen. hácia el fin C. *de sacros eccles.*, la Glos. en el cap. *qui verè*, 16. q. 1. y Abb. en el cap. *cum monasterium*, *de elect.*

(86) Entiéndase, como he dicho antes, si profesan bajo alguna de las religiones aprobadas; y de estas se hace mencion en la l. 29 del Cuaderno de las alcabalas.

(87) ¿Qué diremos si no entra en monasterio, sino que ante el Obispo hace profesion de una regla monástica en general. V. Bald. en la auth. *nisi rogati* C. *ad Trebell.*, Innoc. y Abb. en el cap. *porrectum*, *de regular.*; entiéndase esta ley del caso en que se entrare en algun monasterio ú órden que tiene bienes propios en comun, mas no en particular, segun Alberic. en d. auth. *ingressi* hácia el fin.

(88) Véanse la auth. *ingressi* y la auth. *si qua mulier* C. *de sacros eccles.* y allí la Glos. y los DD. y latamente Abb. en el cap. *in præsentia*, *de probat.* col. 21 y siguiente hasta el fin. ¿Qué diremos si despues de haber entrado en él, se separa de allí? V. Abb. y los DD. en el cap. *quod te*, *de cleric. conjug.*, Socin. consil. 52. vol. 4. *viso instrumento syndicatus*, etc. y vol. 2. consil. 222, y Bald. en la l. 5. C. *de nupt.*

(89) Parece deducirse de aquí, que caso de tener ascendientes legítimos y naturales, no escluirian estos al monasterio, sino al contrario: cuya opinion fué la de Azon, de la cual habla la Glos. sobre la palabra *liberos* en d. auth. *si qua mulier*, por reputarse el monasterio como hijo §. *sed et hoc præsenti* Novel. 123, y lo mismo sostienen la Glos en el cap. *qua mulier* 19. q. 3. Specul. tít. *de stat. monach.* vers. 53., y Juan Fabr. en d. auth. *si qua mulier* 17 en el §. 2. vers. *mortuo.* Instit. *de acquisit. per arrogat.*, fundándose allí en el testo: fué de contrario parecer el glosador Placentino, segun refiere la Glos. en d. auth. *si qua mulier*, en la primera opinion de la glos. puesta allí, la cual defienden Alber., Jacob. Butric., Paul. de Castr. y Salic. allí, y dice el mismo Paul. de Castr., que los DD. convienen generalmente en que los padres ú otros ascendientes deberán tener la legítima: y lo propio

atal ouiesse fijos, o otros herederos que descendiessen del, puede partir (90) entre ellos lo que ouiere, de manera, que de a cada vno dellos su legitima parte, (f) e non mas. E si por auentura, mas les quisiere dar de su parte legitima, estonce tanta parte deue ser dada al Monesterio, quanta cayere al vno dellos (91). E a esta parte legitima dizen en latin, parte debita jure naturæ. Empero, si despues que entrasse en la Religion, se muriesse, ante que partiesse lo suyo a sus herederos, assi como sobredicho es, sus fijos (92) deuen auer su legitima parte, e el Monesterio todo lo otro. E la legitima parte que deuen auer (93) los fijos, es esta: que si fueren quatro, o dende ayu-

(f) et non menos; Acad.

sientan los canonistas en el cap. *in præsentia*, y alli Abb. col. 18 *de probat.* vers. *sed dubium;* donde tambien espresa que así lo sostienen comunmente los DD. canonistas. Lo mismo tambien sienta Jas. en d. auth. *si qua mulier*, y concordando las opiniones pretende que procederá la de Azon escepto por lo que mira á la legítima de los padres, lo que debe quedarles salva; en lo que, añade, tendrá lugar la opinion de Placent. continuada en la Glos. Y esta opinion que deja salva á los padres la legítima, sin embargo de los derechos del monasterio, parece la mas acertada y equitativa; y en cuanto á lo que se dice de que este se considera como hijo, contesto que no procede en todos los casos, y si tan solo en los que se hallan espresados en el derecho, segun manifiestan latamente los DD. allí, y en el cap. *in præsentia*, donde puede verse Felin. col. 21.; y es admitida esta opinion en el dia, mayormente atendida la l. 6 de Toro: ni obstará la presente ley, porque no procede el argumento *á sensu contrario* siendo punto decidido por la l. 15. D. *de inoff.*, *test.* y l. 4. tít. 13 de esta Part.; y viene en apoyo de d. l. 6. de toro, la l. 4 C. *de inoff. donat.*, á mas de que lo mismo que se espresa en esta ley de Part., se halla en la auth. *si qua mulier*, y sin embargo los DD. sostienen mas comunmente la opinion de que he hablado antes, y lo propio pretendia tambien el Specul. en el lug. cit., pues no afirma la primera, antes bien parece conformarse con la que refiere últimamente allí: *tertii dicunt* etc., la cual fué la opinion concordante y distintiva, que propuso y sostuvo Jas. lug. cit. Y si alguno dijere que Specul. mas abajo en el vers. *ad præmissorum*, donde se refiere, parece defender la primera opinion, basta advertir que son de contrario parecer comunmente los Legistas y Canonistas, y, como dije, viene en apoyo de esto la l. 6. de Toro; sin que obste el cit. §. vers. *mortuo* Instit. *de acquisit. per arrogat.* pues debe limitarse, respecto de la legítima que se debe al padre natural; pues en cuanto á la misma no se perjudicó á este por medio de la arrogacion, segun indiqué en la l. últ. tít. 16. Part. 4.

(90) Esta ley se ha tomado de la auth. *si qua mulier de sacros. eccles.* donde tratan latamente esta materia la Glos. y los DD., y del cap. *si quá* 3. q. 19. donde se halla una buena glos.: véase Abb. en d. cap. *in præsentia*, col. 10. y últ. *de probat.*; y puede revocar y mudar el testamento hecho antes de haber profesado, disponiendo entre los hijos, ó bien á favor del monasterio, mas no de un estraño, y con tal que se haya profesado en la órden de religiosos menores, segun Bald. en d. auth. y Paul. de Castr., Salic. y Decio en d. cap. *in præsentia*, *de probat.* núm. 48. por más que Abb. pretenda allí que no podrá verificarlo despues de la profesion.

(91) Si los instituyó en partes iguales, no hay dificultad; empero si estableció desigualdad, entónces segun la Glos. en d. auth. *si qua mulier*, deberá darse tanto al monasterio, cuanto tocó al hijo á quien se dió la porcion mayor: y Bart. allí interpreta d. glos. concretándola al caso en que el padre dispone y hace division entre los hijos, despues de haber profesado, en virtud del privilegio del cit. testo: empero, segun la ley del Fuero no podrá el padre en dicho caso mejorar á uno de los hijos en el tercio de los bienes, pues con esto se perjudicaria al monasterio, al cual tampoco se le puede asignar otro tercio á título de mejora, pues quedarian gravados los otros hijos en su legítima. Entiéndase y limítese esta ley, de modo que al monasterio no se señale mas de la quinta parte de los bienes del padre. Por ser los demás, en virtud de la ley del Fuero, legítima de los hijos, en la que no pueden ser gravados.

(92) Empero, ¿tendrán que aguardar los hijos la muerte natural del padre, ó podrán desde luego pedir su legítima? La Glos. penúlt. en d. auth. *si qua mulier* lo ponia en duda: sobre esto los Legistas sostienen comunmente que deberá esperarse la muerte del padre, cuando hubiere entrado en órden, á la que sea permitido tener bienes propios en comun, segun manifiestan Salic. y Jas. siguiendo á otros en d. auth. *si qua mulier*. Empero los DD. Canonistas sientan comunmente lo contrario, fundados en el cap. *cum scimus*, *de regular*, el cual sin embargo no prueba esto; á mí me parece mas conforme la opinion de los Legistas., en apoyo de la cual está d. auth. *si qua mulier*, (y esta misma ley) conforme dicen Alberic. y Jacob. Butr. en d. auth. *si qua mulier*, y Decio en el cap. *in præsentia*, *de probat.* núm. 67.

(93) Concuerda con la Novel. 18. cap. 1. y la auth. *novissima C. de inoff. test.* con todo á tenor de la ley del Fuero que se observa en este reino, todos los bienes del padre son legítima de los

so deuen auer de las tres partes la vna, de todos los bienes de aquel a quien heredan. E si fueren cinco, o mas, deuen auer la meytad; e por esso es llamada esta parte legitima, porque la otorga la ley a los fijos; e deuenla auer libre, e quita; sin embargo, e sin agrauamiento (94), e sin ninguna condicion. E los Obispos, e los otros Clerigos, como, e de que cosas pueden fazer testamento, muestrasse en la primera Partida deste libro, en el titulo que fabla del Pegujar de los Clerigos.

LEY 18. *Como se puede desatar el testamento, por mudarse el estado de aquel que lo fizo.*

Mudar se puede el estado del ome en tres maneras, que por cada vna dellas se desataria el testamento, que ante ouiesse fecho. La primera es, quando aquel que faze el testamento, es dañado para siempre a sofrir alguna pena (95). Ca este atal non osa despues beuir en otro lugar, si non en aquel, o ha de ser penado; e es como sieruo (96), e non ha despues sus fijos en su poder, como auia antes. E esso mismo seria, quando alguno que fuesse franqueado, lo tornassen a seruidumbre, porque fuera desconosciente a su señor quel aforro, o perdiesse la libertad por otra razon: e a este mudamiento dizen en latin, maxima capitis diminutio, que quier tanto dezir, como el mayor mudamiento de estado, que a ome puede acaescer; porque por ella pierde la libertad, e la Cibdad, e su familia. La segunda manera es, quando alguno es desterrado para siempre (97) en alguna Isla, por juyzio, que nunca ha de salir della, quier le sean tomados todos sus bienes, o non. E a esta dizen en latin, media capitis diminutio, que quier tanto dezir en romance, como mediano mudamiento del estado del ome; ca por este pierde la Cibdad, e la familia. La tercera es, como si aquel (g) que non es en poder de otro, se dexa porfijar, e cae porende en poder de aquel quel porfijo; ca muda su estado. E a este mudamiento dizen en latin, minima capitis diminutio (98), que quier tanto dezir en romance, como el menor mudamiento que ome puede auer en su estado; ca por ella muda la familia tan solamente, e non mas. E por qualquier destos mudamientos que a ome auenga, despues que ouiesse fecho su testamento, dezimos que se desata porende.

(*g*) que es en poder: Acad.

hijos, á escepcion de la quinta parte, segun la l. 9. tít. *de las mandas*, lib. 3 del Fuero de las Leyes [l. 8. tít. 20. lib. 10. Nov. Recop.] teniendo tambien que guardarse esta tasacion de legítima, aun en contra de las iglesias y de los clérigos, véase Felin. en el cap. *ecclesia Sanctæ Mariæ* col. 37 y 38 *de constit.*: ¿y si el padre dejó á los hijos á título de institucion la legítima que les pertenece, habiendo instituido en lo restante á un estraño, importando cincuenta los bienes del padre al tiempo de la muerte, de lo que correspondian cuarenta á los hijos por su legítima; habiéndose aumentado despues los bienes hasta ciento, aprovechará este aumento á los hijos, de modo que les competan ochenta por razon de dicha legítima, ó bien lo adquirirá el heredero estraño? Acerca de esto es notable la l. 44. §. últ. D. *de bon. libert.* el cual prueba que este aumento, aunque derive de una causa anterior, y que se finje retrotraerse al tiempo de la vida del padre, no será de los hijos, y si del heredero: y fundado en d. l. así lo sostiene Paul. de Castr. en la l. 30. princ. vers. *ultimo quæro* D. *ad leg. Falcid.* y en la l. 75. princ. D. d. tít., donde espone la razon por que no se observa así en los legados por lo que mira á la detraccion de la falcidia; consistiendo, segun él, en que se atiende en cuanto al valor de la legítima al tiempo de la muerte, l. 6. C. *de inoff. test.*, y v. allí Jas. quien limita esta decision. Empero ¿en el caso que el padre no hubiese dejado por entero la legítima á sus hijos, por cuyo motivo estos intenten la accion para el suplemento de la misma, deberá este verificarse tanto por el heredero como por los legatarios? V. Bart. y Paul. de Castr. en la l. 91. D. *ad leg. falcid.*, donde pretende el primero que deberá suplirse por todos á prorata; y lo limita el segundo cuando los legados fuesen en especie, mas no si en cantidad.

(94) Añád. la l. 11. tít. 4. de esta Part., y lo allí anotado.

(95) Por ej si está condenado á trabajar á las minas, §. 1. Instit. *de capit. diminut.*

(96) Sin embargo en el dia en virtud de la l. 4 de Toro, [l. 3. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.], no se romperá ni se anulará el testamento del condenado á esta especie de muerte civil, puesto que permitiéndole d. l. testar, con mayor razon subsistirá el testamento que hubiere otorgado anteriormente, con tal que persevere en la misma voluntad, l. 6. §. 5. vers. *qua ratione* D. *de injust. rupt.*

(97) Aplíquese á este deportado lo que en la glos. anter. dije del condenado á obras públicas.

(98) Empero, esta tiene lugar tambien por medio de la emancipacion, §. 3. Instit. *de capit. dimin.* por la cual el testamento que el hijo de familias hubiere otorgado disponiendo de los bienes castrenses y cuasi-castrenses, á tenor de

LEY 19. *Como se puede cobrar el testamento, que fue quebrantado por alguno de los tres mudamientos sobredichos.*

Cobrando alguno su estado cumplidamente, que auia mudado en alguna de las maneras que diximos en la ley ante desta, si quier que vala el testamento que ante ouiesse fecho, e que se non embargue por razon del mudamiento, puedelo confirmar (99) por su carta, o por su palabra delante testigos (100), diziendo, que quiere que vala el testamento, que auia fecho ante que fuesse mudado su estado: e si lo assi dixere, deue valer de alli adelante, en la manera que lo auia fecho.

LEY 20. *Como se desata el testamento, por fijo que nasciesse despues, o por otro, a quien el fazedor porfijasse.*

Posthumus (101) es llamado en latin, propriamente el moço que nasce despues de muerte de su padre. E dessa misma manera (102) puede ser llamado el fijo, que nascio despues que el padre ha fecho el testamento postrimero. E estos fijos atales quebrantan (103) los testamentos de sus padres, en que non ouiessen seydo establescidos por herederos. Otrosi dezimos, que si alguno ouiesse fecho testamento, e despues porfijasse a otro, de manera que el porfijado se tornasse en poder (104) del, que por tal porfijamiento (105)

derecho comun y de la l. 13. de este tít. de Part. se anula, §§. 4 y 6. Instit. *quib. mod. test. infir.*; ahora bien, se anulará dicho testamento despues de la l. 5 de Toro, la que permite testar á todo hijo de familias? Parece que sí, segun el §. pen. Instit. *de testam. milit.* y allí Juan Fabr. quien pretende que se requiere alguna espresa renovacion del testamento para que sea válido: sin embargo la Glos. opina allí que bastará la tacita, esto es el hecho de no revocar el testamento, lo que tengo por mas acertado. Téngase presente para la aplicacion de d. l. de Toro, y adviértase que esta decision está conforme con el contesto de la l. 6. §. últ. D. *de injust. rupt.*, en el que se mejore con el cambio de estado. — * Véase Vinio en el §. 5. Just. *de milit. testam.*

(99) Añád. la l. 11. §. 2. D. *de bonor. poss. secund. tab.*, y deciden Juan Fabr. y Ang. en el §. 6. Instit. *quib. mod. test. infirm.* donde dice que este testamento adquiere otra vez su fuerza por derecho pretorio; esto es, pues, uno de los casos, en que será necesaria la posesion de bienes *secundum tabulas*, y lo propio pretendia Az. en la Suma C. d. tít. Empero, atendido el derecho de Part. que no dispuso acerca de tales posesiones de bienes, creo, que el heredero podrá simplemente evadir la herencia en virtud del testamento así confirmado, lo que procede ya sea escrito, ya nuncupativo, pues la presente ley habla en general, y milita la misma razon, ni habrá lugar á la disputa de si existen las tablas del testamento, ó no, acerca de lo cual v. Juan Fabr. en d. §. 6.

(100) Por derecho comun, eran menester cinco, segun la Glos. y Bart. en la l. 11. §. 2. D. *de bon. poss. secund. tab.*, Bald. en la l. últ. col. 6. C. *und. legit.*, Paul. de Castr. en la l. 21. §. 1. D. *de testam.*, y Ang. en el cit. §. 6. *quib. mod. test. inf.* En el dia por derecho del Reino debe observarse o que se espresa en la antes cit. l. 1. tít. *de los estamentos* lib. 5. del Orden., y en la l. 3 de Toro [ll. 1 y 2. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.].

(101) Esta definicion es la que da Az. en la Suma C. *de post. hæred. instit.*

(102) Empero impropiamente, segun la l. 3. princ. D. *de injust. rupt. test.*

(103) Añád. la l. 2. C. *de bon. poss. contra tab.* l. 3. D. *de injust. rupt.* y los §§. 1. vers. *posthum.* y 2. Instit. *de exhæred. liber.*, y no se invalida el testamento hasta que nace el póstumo, aunque esté en el útero, por no ser antes suyo heredero ni siquiera hombre, l. últ. D. *de assig. libert.*, y l. últ. D. *de collat. bonor.*: y entre tanto el hijo nacido que se halla instituido heredero podrá pedir la *bonorum possessio contra tabulas*, l. 4. §. últ. D. *de bonor. poss. contra tab.* [Segun el derecho vigente, para que el nacido produzca efectos legales, como el de que aquí se trata, es preciso que además de haber salido á luz con figura humana, y en tiempo que no sea aborto, que haya vivido 24 horas y recibido el bautismo, l. 2. tít. 5. lib. 10. Nov. Rec.]. Nótese que, aunque el póstumo apruebe el testamento del padre, no será válido, por faltar la voluntad del testador naciendo el póstumo de quien no hizo mencion, segun Bald. quien decide ser cosa nueva y estraña, l. 10. C. *de test. milit.* Empero ¿se deberán los legados respecto de causas pias despues de invalidado el testamento por la causa dicha? V. Bart. en la l. 1. col. 12. vers. *quæro* C. *de sacros. eccles.* donde sostiene la afirmativa, cuando el padre no tuviese conocimiento del póstumo; lo que Bald. en la 1. col. pen. C. *de inoff. donat.* limita en cuanto á lo que pertenece á la legítima. — * A tenor de la l. 8. tít. 6. lib. 10. Nov. Rec. el nacimiento de un postumo preterido, no invalidará mas que la institucion de heredero, dejando subsistentes las mandas, mejoras y demás disposiciones.

(104) A tenor de lo que se lee en la l. pen. tít. 16. Part. 4. y en el §. 2. Instit. *de adopt.*

(105) ¿Si uno entrare en religion, se romperá

se desataria el testamento, que ante ouiesse fecho aquel quel porfijo.

LEY 21. *Como se quebranta el primero testamento, por otro que fuesse fecho despues.*

El primero testamento se puede desatar por otro (106), que fuesse fecho despues cumplidamente (107); fueras ende, quando alguno ouiesse fecho su heredero a otro en el primero testamento, si despues, oyendo nueuas, que aquel que auia establescido por heredero era finado, e non lo fuesse; e el, creyendo que era assi, fiziesse despues otro testamento, en que dixesse:

el testamento hecho anteriormente? Hubo varias opiniones entre los Legistas y Canonistas, v. Bart., Bald. y otros en la auth. *si qua mulier* C. *de sacros. eccles.*, Abb. y otros en el cap. *in præsentia*, *de probat.*, donde tambien Decio en el núm. 61 parece inclinarse á la opinion de Abb. y Anton., la cual me satisface: debiera esceptuarse caso que hubiese transcurrido tanto tiempo desde la otorgacion del testamento, que se presumiese haberlo olvidado; en tal caso sostendria la opinion de Bart.

(106) Añád. la l. 16 D. *de injust. et rupt.*, los §. § 2 y 3 Instit. *quib. mod. test. infirm.*, y l. 18 D. *de legat.* 3, [hoy dia, como en virtud de la l. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec. no es necesaria la institucion de heredero, esto es la disposicion universal; el segundo testamento puede dejar en parte subsistente el primero, si no fuesen en todo contrarios]: procede la invalidacion del primer testamento, aunque no quede adida la herencia en virtud del segundo, pues basta la posibilidad, d. l. 16, el cit. § 2, l. 54 D. *de hæred. instit.*, Paul. de Castr. en la l. 27 C. *de testam.*, Bald., Ang. y Juan de Imol. en la l. 6 § últ. D. *de hæred. instit.*, y Alex. consil. 37 vol. 1 col. vers. *si et licet Bart.*, por paridad de razon parece que quedará subsistente el mayorazgo del tercio y quinto, ó de todos los bienes (en el caso que pueda hacerse sin permiso del príncipe) aunque en otro testamento se hubiese dispuesto de otra manera, si este no fuere perfecto: empero, si el mayorazgo se hubiese dispuesto con permiso real, para que con el hecho de haber principiado á testar de diferente manera, aunque no lo concluya, se presumirán revocadas las primeras mejoras, l. 34 §. 1. D. *de testam. milit.* Procede tambien nuestra ley, aunque por razon de un legado hecho en el primer testamento, el heredero hubiese prestado caucion al legatario, l. 37 § últ. D. *de legat.* 3 y lo sostiene Bart. en la l. 48 princ. D. *de jur. fisc.*; donde tambien decide que si el testador en el primer testamento legó un fundo á alguno bajo la obligacion de no enagenarlo fuera de la familia, habiendo dejado en el segundo el mismo fundo simplemente, no se entenderá repetido el gravámen, alega la cit. l. 18 D. *de legat.* 3. Empero, ¿Qué diremos si el testador no hiciere otro testamento; mas delante de siete testigos espresó que no queria valiese el primero? ¿Quedará este anulado? El §. pen. Instit. *quib. mod. test. infirm.* junto con la Glos. dicen espresamente que nó; lo que Bart. en d. l. 18 entiende proceder, cuando el testador no añadió que revocaba el primer testamento, porque queria fallecer intestado: mas si hubiese manifestado esto, entónces se revoca el primero, por hallarse tácitamente instituidos los herederos *ab intestato*; y hace al caso, si bien Bart. no la cita, la l. 1 § 8. D. *si tab. testam. null. extab.*, y tocante á la l. 36 §. 3. D. *de testam. milit.* que parecia obstar, contesta Juan de Imol. en la l. 18 §. 1 D. *de liber. et posth.*, diciendo que en el caso de la misma, las palabras indicadas no se profirieron delante del número legítimo de testigos, y esta opinion de Bart. es la mas comun, segun atestigua Alex. consil. 30 vol. 3, duda 2., y consil. 140 vol. 2 que principia *paucis utar*, y l. 27 C. *de testam.* col. pen., donde puede verse este punto. Empero, ¿qué diremos si el testador no usase de palabras en la revocacion del primer testamento, sino que de hecho lo rompiese ó rasgase? V. l. 11 § 2 D. *de bon. poss. secund. tab.*, l. 30 C. *de testam.* y Oldrald. consil. 144. ¿Y si entrambos testamentos, aunque otorgados en diversos tiempos, contuviesen una misma disposicion? Parece que valdrian los dos, arg. l. 12 de este tít. de Part., y lo anotado por Juan Fabr. en d. §.2 Instit. *quib. mod. test. infirm.* Ademas entiendase esta ley, con tal que en virtud del segundo testamento pueda adirse la herencia, segun se lee en d. § 2 y en la cit. l. 16 D. *de injust. rupt.*, donde pueden verse los DD. y señaladamente Juan de Imol. ¿Qué diremos si el segundo testamento fué nulo, pudiendo sin embargo adquirir fuerza en virtud de algun derecho; ó bien si fué instituido en el mismo un heredero incapaz? V. l. 12 D. *de his quib. ut indign.*, y allí Bart. ¿Y si fuese instituido algun hombre poderoso en el segundo testamento, habiendo sido este nuncupativo, y debiendo en consecuencia probarse por medio de testigos? V. l. 20 C. *de testam.*, y Alex. consil. 105 vol. 4.

(107) Concuerda el cit. §. 2 junto con el sig. Instit. *quib. mod. test. infir.*, y la l. 18 D. *de legat.* 3, la cual es singular; y allí nota Bart., que aun cuando el segundo testamento inválido contenga aquella cláusula derogatoria, á saber, *revocando y anulando cualquier otro*, por esto no se presume revocado el primero que fuere válido; y lo propio manifiesta Paul. de

Pues que yo non puedo auer a fulan (*h*) mio heredero, que es muerto, segun que me es dicho, fago a otro fulan mio heredero: si despues fuesse fallado que el primero heredero era biuo, tal testamento como este postrimero non deroga al primero (108). E el heredero que era fecho en el primero testamento, deue auer la heredad, segun que fue escrito en el. E el otro que fue escrito en el segundo, non deue auer nada, pues que non era verdadera la razon, por que el testador se mouio (109) a fazerlo heredero. Empero, las mandas que fizo en el (110) primero, e en el se-

(*h*) por mio heredero. Acad.

Castr. fundado en la l. 27 *C. de testam.* al fin.

(108) Aprueba esta ley la opinion del Specul. tít. *de instrum. edit.* §. *compendiosé* col. 11 vers. *quid si is*, quien interpreta así la disposicion de la l. últ. D. *de hæred. instit.* de la cual esta se ha tomado, pretendiendo que el primer testamento no se rompe; añád. l. 14 C. *de fideicom.*, y Bald. allí col. 6 vers. *non quæro* y sig. Y ¿deberemos atenernos á la palabra del testador acerca de la causa? Así se deduce señaladamente de la l. 19 D. *de adim. legat.*, á no ser que se probare que el testador habia errado, segun Bart. allí, arg. d. l. últ., y v. l. 75 princ. D. *ad trebell.*

(109) Espresando la causa antes dicha: si no la hubiese espresado no se invalidaria el primer testamento, segun la Glos. en d. l. últ. D. *de hæred. instit.* glos.: y ¿qué diremos si el testador espresó la falsa causa delante de testigos y no en el testamento? V. Juan de Imol. en d. l. últ. col. 4, quien opina que no bastará, á no ser que se manifieste delante de tantos testigos, cuantos se requieren para la validez del testamento; pues no seria suficiente, segun él, que se verificara en presencia de dos testigos. Parece deducirse de esta ley, que si uno instituye un mayorazgo á favor de su hijo segundo, diciendo que la fortuna fué causa de no poder tener lugar dicha institucion respecto del primógenito; parece, digo, que deberá presumirse llamado el primogénito, si el padre estuvo en error respecto de la causa: adviertase que este caso difiere del de la presente ley en el cual habia intervenido la primera institucion; empero, en el caso propuesto parece haberla hecho tácitamente el fundador, arg. l. 3. C. *de inoff. testam.*; reflexione y decida el lector. ¿Y si estando fuera del reino el primogénito, hizo publicar el segundogénito que aquél habia muerto, no siéndolo realmente, por cuyo motivo el padre instituyó el mayorazgo á favor del segundo; se le quitará, para adjudicarlo al primogénito? Decídase á tenor de lo anotado por Bald. en la l. 1 C. *si quis aliq. testar. prohib.*, y Bart. en la l. últ. D. *qui test. fac. poss.*; y como en este caso el mayorazgo no se adjudica al fisco, y suponiendo por otra parte que el segundogénito no tenga con qué satisfacer los perjuicios, parece que el primogenito lo vindicará. Puede tambien deducirse de esta ley, y de la cit. l. últ. D. *de hæred instit.*, que si el padre en su testamento mejoró á su hijo mayor en mas del tercio de sus bienes, y suplicó al Príncipe, que confirmase su disposicion, y despues, ignorando tal confirmacion, hace un segundo testamento en el cual por derecho de mejora deja al mismo hijo la tercera parte de los bienes; no se presumirá por esto revocada la primera mejora, puesto que su intencion era favorecer á dicho hijo, véase el concil. de Alex. 103 vol. 4, y además porque la disposicion que tiene por objeto el aumento, no debe producir disminucion. Supóngase que la madre mejora al hijo segundo en determinados bienes para que pueda vivir decorosamente, alegando por razon que el padre ya lo verificó con respecto al hijo mayor, y añádase que el padre hubiese revocado ya la mejora, estableciendo la igualdad entre los hijos; ¿se sostendrá la institucion hecha por la madre? Parece que sí, atendida en particular la l. 12. D. *de condit. et demons.*: se deduce lo contrario de esta ley y de lo anotado por Bart. en la l. 1 C. *de sacros. eccles.*, decidiendo que será nula la manda hecha por el testador al que equivocadamente creia pobre, habiéndosela hecho bajo este supuesto, y hace al caso la l. 25 D. *de adim legat.*; esta opinion parece mas equitativa: v. Socin. siguiendo á Cuma. en d. l. 12; examínese detenidamente este punto.

(110) Téngase muy presente esta ley, pues la cit. l. últ. D. *de hæred. instit.*, de la cual se ha tomado, solo habla de los legados dispuestos en el segundo testamento, y Juan de Imol. allí col. 5 sostiene que no se deberán los que se hubieren dejado en el primero; fundándose en lo que decide Bart. en d. l. 18 D. *de legat.* 3, *á sensu contrario*; y porque en caso de duda no se presume haber querido el testador gravar al heredero con dobles prestaciones, l. 34 § 5 D. *de legat.* 2: refiere sin embargo, que Bald. pretendia allí mismo deberse los legados del primer testamento, cuando dijo que el segundo testamento hecho en virtud de una causa final falsa, no rompe el primero, sino que impone al heredero escrito en este la obligacion de prestar hasta los legados de entrambos: empero parece mas acertada y equitativa, la opinion de Imol., si bien por otra parte la autoridad de Bart., hace, segun él, algo dudoso el punto. Téngase pues presente esta ley de Part., la que decide espresamente deberse los legados del primer testamen-

gundo (111) testamento, por Dios, o a sus parientes, o a sus amigos, deuen valer.

LEY 22. *Por quales razones el testamento que fue fecho primeramente, non se desataria por otro que fiziessen despues.*

Razones señaladas y a, por que maguer el testamento postrimero sea fecho acabadamente, non se desataria porende el otro, que ante fue fecho. E la primera es, quando el padre fiziesse el testamento, en que establesciesse por herederos los fijos que descendiessen del: ca si despues fiziese otro testamento, e non fiziesse mencion del otro primero, non se desataria porende el que ante ouiesse fecho, assi como de suso diximos (112). La otra es, quando el testador dize assi: Este mio testamento, que agora fago, quiero que vala para siempre, e non quiero que vala otro testamento, que fuesse fallado, que ouiesse fecho ante deste, nin despues. Ca si acaesciesse, que este atal mudasse su voluntad, e fiziesse otro testamento, non quebrantaria porende el otro, que ouiesse ante fecho; fueras ende, si el testador dixesse en el postrimero testamento señaladamente (113), que revocaua el

to.—* Véase la adicion á la glos. sig.

(111) Adviértase que si el préambulo del falso testamento tuviese referencia á los legados del mismo, y estos fuesen en gran cantidad, no se deberán; pero sí, siendo módicos, arg. l. 43 D. *de legat.* 3. Ahora, si la falsa causa fuese tan solo concerniente á la institucion, se deberian indistintamente, segun Bart. en d. l. últ. D. *de hæred. instit.*; sin embargo el propio Bart. en la l. 17 § 2 D. *de condict. et demonst.*, parece opinar indistintamente que se deberán los legados si fuesen de poco valor: de lo que se infiere haber sido la intencion del mismo Bart. el que se debiesen todos los legados del primer testamento, segun indiqué en la glos. anter. Sin embargo Juan de Imol. en la cit. l. últ. cól. 6 parece inclinarse á que se deberán todos indistintamente, si el testador en el préambulo no espuso nada con referencia á los del segundo testamento arg. l. unic. §. 11 vers. *sin autem ad deficientis.* C. *de caduc. toll.*, y esto parece mas conforme á derecho, aunque lo primero sea mas equitativo, en el supuesto que se deban los legados de entrambos testamentos.—*La disposicion de la ley en esta parte es terminante, pero vaga: conviene distinguir algunos casos. 1°. *Que los legatarios sean en el segundo testamento los mismos del primero, é idénticas las mandas*: en este caso parece que no deberán considerarse como mandas distintas: mas bien que duplicacion, hay repeticion, aunque el legado sea de cantidad: si es de especie, no puede caber duda.—2°. caso: *que los legatarios sean los mismos, pero distintas las cantidadas ó cosas legadas*: entónces, á tenor del testo literal de esta ley cada legatario podrá reclamar lo que se le ha mandado en uno y otro testamento; pero la intencion del testador resultará por lo general desatendida: en efecto, ora sea de cosa determinada el legado, ora de cantidad, y ya fuese esto mayor, ya menor en el segundo testamento, es evidente que solo entraba en los cálculos del testador la subsistencia de uno de los testamentos, toda vez que creyó muerto el heredero instituido en el primero: y resultará evidentemente contrariada la voluntad del testador, si el legado es de cantidad, y esta es menor en el segundo testamento; porque, el legarse menos, cuando se ha subrogado un heredero á quien se quiere menos, prueba que ha disminuido el efecto hácia el legatario, ó que ha sobrevenido alguna circunstancia parecida; seria pues peligoso darle accion para pedir la manda que se le hizo en el primer testamento, y absurdo atribuirle los dos.—3°. caso: *Que el segundo testamento contenga parte de las mandas del primero*: si damos accion á los legatarios de los que no se ha hecho mencion en el segundo testamento, tendremos tambien directamente contrariada la voluntad del testador por la razon que acabamos de indicar al fin del caso anterior.—4°. caso: *Que los legatarios del segundo testamento sean personas distintas de las del primero*: tendremos en este caso el mismo absurdo que en los dos anteriores si se da accion á los legatarios escritos en el primer testamento. De lo dicho se infiere que la disposicion de la ley en este punto no es aplicable en caso alguno sin contrariar directamente la intencion del testador: de otra parte, no nos atrevemos á suponer qne sea vicioso el testo atendido que todos los códices concuerdan.

(112) L. 8 de este tít. de Part.

(113) Añád. l. 22 D. *de legat.* 3, así pues no bastaria que dijese en general: *no obstante cualquier testamento* pero no es menester que se repita la cláusula derogatoria, bastando que se diga: *no obstante cualquier cláusula derogatoria, quiero que valga la disposicion de este último testamento*; así lo interpreta Bart. en d. l. 22 princ., y lo sostiene Paul. de Castr. en la l. 12 §. 3 D. *de legat.* 1, donde Socin. espresa ser esta la comun opinion, la cual aprueba nuestra ley de Part. Sin embargo téngase presente una sola conclusion general, á saber, que siempre que pueda constar al juez por cualesquiera conjeturas, haber sido la voluntad del testador que prevaleciese el segundo testamento; en tal caso no subsistirá el primero, aunque el segundo hubiese sido

otro, e que non tuuiesse daño (114) a aquel testamento que agora fazia, las palabras que dixera en el primero. E otrosi dezimos, que si algun ome fiziesse su testamento acabadamente ante siete testigos, en que establesciesse por su heredero algun ome estraño (115), si despues desto fiziesse

otorgado simplemente, sin hacerse en él mencion espresa de la cláusula derogatoria contenida en el primero; atendido que toda esta materia está fundada en la presuncion de la voluntad del testador: así lo sienta Socin., diciendo ser esta la comun opinion de los DD. en d. §. 3 col. últ.; de cuya conclusion se deduce que si despues del transcurso de diez años se hubiese hecho un segundo testamento, se presume ser la voluntad del testador, que este prevalga, segun Bald. y los modernos en la l. 27 C. *de testam.* Lo mismo diremos si despues del primer testamento hubiesen mediado graves enemistades entre el testador y el heredero, arg. l. 3 D. *de adim. legat.*; ó bien si dijese ser su voluntad que valiese el segundo, y que se cumpliese lo contenido en él, segun Bart. en cierto consil. que principia, *reperitur, quod quidam dixit.*: cita y sigue á Socin. en d. §. 3 donde tambien decide que seria lo mismo, si dijese que queria fuese rasgado el segundo testamento, y alega á Jacob. de Raven. en la l. 9 D. *de justit. et jur.*, y Abb. en el cap. *ex parte*, *de rescript.* Sin embargo yo dudo acerca de estos dos casos, á lo menos atendidas las palabras de esta ley, la cual quiere que se haga especial mencion de la cláusula derogatoria. Tambien decide allí Socin. que si en el segundo testamento se dijese: no obstante cualquier testamento, y sean cuales fueren sus palabras, aunque de ellas tuviese que hacerse especial mencion; bastaria esto para que fuese preferido, y así dice interpretarlo Federic. de Senis consil. 46, cuyo parecer me place, y está conforme con el espíritu de esta ley: añade tambien allí Socin. que en este punto es de mucho peso el grande afecto hácia la persona instituida en el segundo testamento, segun lo anotado por Bald. en la l. 11 C. *de testam. manum.*; y añádase que si en el segundo testamento hubiesen sido instituidos los hijos, parece que esto seria suficiente, aunque no mediase especial derogacion del primero, segun opina Bald. consil. 22 vol. 1. á pesar de sostener lo contrario, sin citar á Bald. en d. consil., Socin. en d. § 3 y en el consil. 163 vol. 2, donde decide no hallarse prevenido en el derecho que el testamento entre los hijos tenga fuerza de cláusula derogatoria respecto de los testamentos anteriores, mayormente cuando el precedente contuviese especial cláusula de esta clase: acerca de esta materia véanse latamente Jas. en la l. 27 C. *de testam.*, y el Dr. Covarrubias en la rubr. *de testam.* part. 2 fol. 10 y siguientes: por fin la disposicion de esta ley tiene lugar, sea uno sean muchos los testamentos anteriores, que contengan cláusula derogatoria, segun lo anotado por Bald. en la auth. *hoc inter liberos* C. *de testam.*—* Parece indudable que por derecho romano, el segundo testamento derogaba el primero, sin que fuese menester que se hiciese mencion de él, aun cuando contuviese cláusula derogatoria, l. 6. § últ. D. *de jur codicil.* y l. últ. D. *de leg.* 2º.: sin embargo pensaron de otra suerte la mayor parte de los jurisconsultos de la edad media, y este fué el parecer que adoptaron los copiladores de las Partidas: sobre esta materia véase Domat parte 2ª. lib. 3º. tít. 1º. sec. 5ª.

(114) V. Socin. acerca de estas palabras y otras semejantes en d. consil. 163 vol. 2 col. 3 y siguientes, y mayormente en el consil. 2 vol. 3, donde puede verse si podrá inducirse semejante cláusula de algunas palabras del testador, y v. consil. 37 col. 2 del mismo vol. ¿Qué diremos si en el segundo testamento se hubiese añadido el juramento? V. Socin. consil. 53 vol. 3 col. 2, y Alex. consil. 134 vol. 1, y añád. Alex. consil. 7 y consil. 44. vol. 4.

(115) No procede pues esta ley, si en el primer testamento hubiesen sido instituidos los sucesores *ab intestato*, lo que tambien sienta Alex. en la l. 21 §. 3 C. *de testam.* hácia el fin, de la cual esta se ha tomado, aunque Paul. de Castr. pretenda otra cosa en el consil. 327 vol. 1 que empieza, *dubium facit in suprascripto puncto* etc.; y en fuerza de esta ley podremos decir, que si el padre mejora al primogénito en testamento, y en otro la mejora revoca instuyendo menígualte á sus hijos pasando por altó al primogénito, ó muerto este á su hijo; se entenderá revocada la mejora, por no poderse adir la herencia por derecho civil en virtud del segundo testamento, segun dije en la l. anter., y de consiguiente subsistirá el primero, Glos. y Bart. en la l. 7 D. *de liber. et posth.*: para la inteligencia y mas lata declaracion de esta ley, como tambien en que casos procederá, v. Alex. allí. Empero supóngase que alguno mejoró en testamento á su hijo mayor en virtud de facultad real; y que despues en otro testamento hizo otra mejora á favor de otro hijo sin licencia del Príncipe, ¿se presumirá con esto revocada la primera mejora? Parece que si, ya que pudo en virtud de la ley mejorar al segundo hijo en el tercio y quinto de sus bienes, presumiéndose por el hecho de disponer la segunda mejora, que quiso revocar la primera, á fin de que los hijos quedasen menos perjudicados; ni es verósimil que hubiese querido gravarlos con las dos mejoras, arg. cap. *mandatum*, *de rescript.*, y l. 4 D. *ad leg. Rhod. de jact.*

otro testamento ante cinco testigos (116), en que establesciesse por su heredero algun su pariente, atal, que si el muriesse sin testamento, heredaria lo suyo por derecho; estonce el testamento postrimero valdria (117), e non el primero, maguer fuesse fecho acabadamente.

LEY 23. *Como el testamento postrimero deue ser fecho acabadamente, para poder desatar el otro, que fuesse fecho ante.*

Acabadamente auiendo algund ome fecho su testamento, si despues desso, queriendolo reuocar, començasse a fazer otro, e non lo acabasse (118) por algun embargo quel auiniesse, o por otra razon, non se embargaria porende el testamento primero. Ca derecho es, quel testamento que es fecho acabadamente ante siete testigos, que non se desate por otro, que non fuesse cumplido. Pero si alguno hubiesse fecho testamento acabado, en que dexasse a otro por su heredero, que non fuesse su fijo (119), nin de los que descendiessen del, e despues dixesse (120) ante cinco testigos: Quiero que fulano, que era escrito

(116) En el dia poca utilidad tendrá esta parte de la ley, puesto que en virtud de la l. del Orden. tít. 2 lib. 5. [l. 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.] bastan cinco testigos, y son suficientes tres, si asiste el escribano: sin embargo tal vez podria tener efecto cuando en el primer testamento otorgado solemnemente segun lo dispuesto en la l. del Orden. ó la l. 3 de Toro fuese instituido un estraño; en el segundo empero los sucesores *ab intestato*, en presencia de cinco testigos que no tuviesen la calidad de vecinos, y sin escribano; lo que es digno de notarse: ó bien si el primer testamento se otorgó delante de siete testigos no vecinos; el cual valdria aun en el dia, sin obstar d. l. del Orden., la que permite mas bien que quita las disposiciones de estas leyes: pues dice espresamente al fin, que valga el testamento con buenos testimonios, esto es con el número de siete testigos, si el testador no quiere observar la disposicion de d. l. que permite se otorgue aquél con escribano, ó con menor número de testigos como se espresa allí: así pues, si en el primero ordenado solemnemente con siete testigos fuese instituido un estraño; en el segundo empero los sucesores *ab intestato* en presencia de cinco testigos, aunque no sean vecinos, y por mas que pudiese hallarse escribano, valdrá el segundo atendida la disposicion de esta ley; lo que debe tenerse muy presente: así que, aun podrá ser de grande utilidad lo que en ella se dispone pues d. l. del Orden. y la de Toro deben restringirse y limitarse segun la disposicion del derecho comun. arg. l. 2 C. *de noxal. act.*

(117) No como testamento, sino como voluntad de un intestado, d. l. 21 §. 3 C. *de testam.*, y se deberán las mandas de este segundo testamento, segun Bald. en d. §. 3. ¿Empero, si en el primer testamento se hubiese añadido la cláusula de que valiese como fideicomiso *ab intestato*, podrá sostenerse por ser instituidos en el segundo testamento menos solemne los herederos legítimos? Parécenos que nó, porque el hecho del testador quitó toda la fuerza al primer testamento y á todas sus cláusulas; dicha cláusula se entendia, con tal que no cambiara de voluntad el testador, segun Bald. en la l. 14 col. 5 C. *de fideicom.*, siguiendo á Jacob. de Aret. y Nicol. de Malha., y alega la l. 18 §. últ. D. *de his quæ ut indign.*

(118) Entiéndase ya por defecto en la manifestacion de su voluntad, l. 25 D. *de testam*; ya por falta de solemnidad, l. 2 D. *de injust. rupt.* y §. 2 y siguien. Instit. *quib. mod. testam. infirm.* Empero, ¿valdrá el testamento incompleto por lo que mira á la espresion de la voluntad, cuando es en beneficio de causas piadosas? Bald. en la repet. á la l. 1 col. 18 C. *de sacros. eccles.* vers. *super 7. quæstione*, sostiene la negativa; por ser ridículo el decir que uno fallece parte testado, y parte intestado, ó medio testado: empero Bart. en la l. 38 D. *de fideicom. libert.* pretende lo contrario, como tambien Juan de Imol. en la l. 25 D. *de testam.*, y Abb. en el cap. 1 *de success. ab intest.*; y esto parece lo mas acertado, entendiéndose conforme d. d. DD., si la disposicion á favor de causas piadosas fué perfecta, por ej. si el testador ya pasó á otros legados, segun demuestran Abb. en d. cap. 1, y Decio consil. 159. Y parece deberá decirse lo mismo cuando se dispone entre los hijos, segun Abb. lug. cit., esceptuándose segun Juan de Imol. en d. l. 25, el caso en que la disposicion entre los hijos pudiese producir escándalo por causa de la disigualdad; lo que conviene tener muy presente: véase al mismo lug. cit.

(119) Esta palabra no se halla en la l. 4 C. *de his quib. ut indign.*, de la cual esta se ha tomado; y púsola esta ley de Part.; porque para quitar la herencia al hijo instituido, no bastarian las palabras que se indican, sino, que debe espresarse una de las catorce causas de ingratitud marcadas en la Novel. 115 cap. 3. y en la l. 4 tít. 7 de esta Part.: además, porque no puede ser desheredado el hijo en codicilos, ó fuera del testamento, l. 2 C. *de codicil.*, y §. 2 Instit. *de codicil.*: finalmente porque el hijo desheredado se considera como muerto, l. 1 §. 4 D. *de conjung. cum emancip. liber. ejus*; por lo que no sucede, y si aquellos á quienes toque *ab intestato*; v. Bart.

en el testamento por mio heredero, que lo non sea, porque non lo meresce, porque me fue desconosciente, e erro contra mi: ca por tal razon (121) o por otra semejante della, que despues el testador assi dixesse, pierde (122) el heredero la herencia del finado, e deue ser del Rey; pues que el testador non quiso, que la ouiesse aquel que establescio por heredero, por el yerro que auia fecho, e non dexo en su testamento otro heredero, que heredasse lo suyo. Mas si otro ouiesse dexado por heredero (123) en su testamento en lugar de aquel, deuelo esse auer, e el Rey non a y ninguna demanda.

LEY 24. *Como se desata el testamento, quando el fazedor del rompe la carta en que era escrito, o quebranta los sellos.*

Quebrantando a sabiendas el fazedor del testamento alguno de los sellos de la carta, en que ante ouiesse fecho su testamento en escrito, o tajando algunas de las cuerdas, o rayendo las señales (124) que ouiesse fecho en la carta el Escriuano publico, o rompiendolas, desatase (125) el testamento por ello. Pero si fuesse prouado, que alguna destas cosas sobredichas auiniessen en la carta del testamento por ocasion, e que non

allí y en el §. 6 de d. l., y hace al caso la auth. *hoc inter liberos* C. *de testam.*

(120) Empero ¿bastará que el testador lo dijere, aunque no se pruebe por el heredero? así lo quiere esta ley, si bien Martin. Silla citado por Alberic. en la l. 4 C. *de his quib. ut indign.* opina de otro modo.

(121) Indica que se ha de espresar la causa, y así lo sostuvieron algunos DD. antiguos; Oldofredo, sin embargo, decide, que esto no será necesario, siendo instituido un heredero estraño, y bastará que el testador diga que no lo merece ó que es indigno; lo que tambien sienta Alberic. en d. l. 4 C. *de his quib. ut indign.*, y allí Bald. diciendo no ser necesario que manifieste las causas de enemistad, pues que cada cual es árbitro de disponer de sus cosas del modo que le parezca, l. 21 C. *mandat.*: y lo mismo opina allí Alex. col. 1 y pruébalo bastante d. l. 4: y aun (como declara allí Paul. de Castr.) con solo haber dicho que no merecia ser heredero, ó que era indigno, quedará escluido, aunque no haya espresado que no quería obtuviese la herencia, pues que tacitamente se entiende: y si bien pueden mediar estas dos circunstancias de no merecerlo y de ser indigno, queriendo no obstante el testador que consiga la herencia; decide empero que esto no se presume, como manifiesta d. l.; lo que me parece muy conforme: ni obsta nuestra ley, pues habla estensamente por via de ejemplo, y no pretende que todas las palabras puestas aquí sean necesarias para quitar la herencia á uno como indigno: pues así se infiere de estas palabras: *Ca por tal razon, ó por otra semejante*, etc.

(122) De esta palabra se infiere que el heredero adió la herencia en el supuesto de la ley, y hace al caso la l. 43 §. 3 D. *de vulg. et pupill.* ¿Qué diremos si el heredero no hubiese adido? Lo mismo tendremos, aunque la hubiese repudiado: presúmese que procedió asi, en fraude del fisco, y por lo mismo se considera adida, l. 15 D. *ad Sillan.* junto con lo anotado allí. Mas si la adicion no tuvo lugar por haber premuerto el heredero, entónces como cesa la presuncion indicada, su parte acrece al coheredero, segun declara Paul. de Castr. en d. l. 4 C. *de his quib. ut indign.*, y si no tuviese coheredero, sucederian los herederos *ab intestato*: no podria vindicarla el fisco, por no haber heredero al cual quitarla.

(123) Lo mismo tendremos si el testador profirió dichas palabras á favor de los sucesores *ab intestato*: entónces no se adjudicará al fisco, sino que corresponde á dichos sucesores, á manera de fideicomiso, l. 69 princ. D. *de legat.* 2., y Paul. de Castr. en d. l. 4: y lo propio deberá decirse si los pronunció en beneficio del coheredero: y en estos casos, el heredero, á quien el *testador* juzga indigno, no podrá detraer la cuarta, cuando hace la restitucion en virtud de fideicomiso, como pretende allí Paul. de Castr., aunque no sin vacilar.

(124) Añád. l. 22 §. 3 D. *qui testam. fac. poss.*, y en esta parte parece estenderse la disposicion de esta ley al testamento nuncupativo, segun pretendia tambien Paul. de Castr. en la l. 3 C. *de testam.* Sin embargo Ang. allí, á quien sigue Alex., sostiene lo contrario, por la razon de que, aun cuando el testador quite ó rompa el sello del escribano, puesto en el testamento nuncupativo que este le entregó, como aun queda otro original integro en poder del mismo escribano, no parece revocado el testamento, l. últ. D. *de his quæ in testam. delent.*; pudiendo responderse á esta ley de Part., que el testamento de que se trata en ella era escrito y único; ó bien que fué roto el mismo original, que se hallaba único en poder del escribano, siendo nuncupativo el testamento.

(125) Empero ¿se verifica esto *ipso jure* ó bien en fuerza de escepcion? V. Bart. en la l. 1 §. últ. D. *de his quæ in testam. delent.*, y véase sobre este punto el notable consil. de Oldrald. 144. En cuanto á los legados parece quedan revocados por el mero hecho de no querer que el testamento subsista, segun Alber. en la l. 27 C. *de testam.* Entiéndase, empero, á tenor de lo que

fuesse fecho a sabiendas, non se embargaria el testamento porende.

LEY 25. *Como todo ome, fasta el dia de la muerte puede mudar su testamento, e fazer otro.*

La voluntad del ome es de tal natura, que se muda en muchas maneras: e porende ningun ome non puede fazer testamento tan firme, que lo non pueda despues (126) mudar, quando quisiere, fasta el dia que muera; solamente, que sea en su memoria, quando lo camiare, e que faga otro acabadamente.

LEY 26. *Que pena deue auer aquel, que embarga a otro, que non pueda fazer testamento.*

Malamente yerran algunos omes, embargando a las vegadas a otros, que non puedan fazer testamento. E porende es guisado, que non finquen sin pena aquellos que lo fizieren. Onde dezimos, que qualquier que tal embargo fiziere a otro, que deue perder el derecho (127), que deue auer en los bienes de aquel que destoruo, en qual manera quier que los deuiesse auer. E aquello que el perdiere por esta razon, deue ser de la Camara del Rey. E esta pena deue auer, por el grand yerro que fizo a Dios, e por el atreuimiento, e el tuerto que faze al Señor de la tierra, e al alma del finado (128), e a todos los otros omes, en dar mal exemplo de si.

LEY 27. *Que razones mueuen los omes, a embargar a los otros, que non fagan testamentos; e quantas maneras son deste embargo.*

Vanas, e malas razones mueuen a los omes a las vegadas, a embargar a otros, que non fagan sus testamentos. Ca algunos y a dellos, que fazen esto, porque los ayan establescido sus herederos en sus testamentos, e veyendo que quieren fazer otro testamemto, embargan que lo non fagan, nin cambien (129) aquel que auian ya fecho. Otros y a (130), que son tan propincos, que atiendan de heredar los bienes de sus parientes, si acaesciere que mueran sin manda; e porende embarganlos, que non lo puedan fazer. Otros y a, que maguer (131) consientan que faga testamento, con todo esso quieren que lo ordene a su guisa, e a su plazer. E este embargo fazen en muchas maneras, assi como faziendo fuerça (132) a aquellos mismos que quieren fazer sus testamentos, de guisa que los non pue-

espresa la l. 36 §. 3 D. *de testam. milit.*, y Alex. en los cits. consils.—*La disposicion que sigue en esta ley de Part. puede tener consecuencias peligrosas. En efecto si es válido el testamento cerrado cuya carpeta ha sido rasgada casualmente, la voluntad del testador no tiene mas garantía que el reconocimiento de la firma del mismo, la que puede ser imitada. Aun mas, puede suponerse un testamento de una persona que murió intestada. Estas consideraciones, junto con la generalidad misma de las palabras de la ley, autorizarán al juez para exigir prueba, tanto acerca la existencia anterior del testamento con todas las solemnidades de derecho, como sobre el caso fortúito que en todo ó en parte las hizo desaparecer. El derecho romano distingue en esta parte entre el hecho posterior y el anterior á la muerte del testador, l. 1. § 2. D. *de his quae in testam. delent. vel*, distincion que si bien salva los principios, no es bastante para evitar los inconvenientes que llevamos indicados.

(126) Ténganse presentes las palabras de esta ley, las cuales vienen en apoyo de lo que dice Bart. en la l. 22 col. pen. y últ. D. *de legat.* 3, á saber, de que no se conoce medio en el derecho para hacer inmutable el testamento, véase allí; no procederá pues la cautela de que habla Cepol. núm. 117.

(127) Concuerda con la l. 1. prim. respons. D. *si quis aliq. testar. prohib.* y l. 2 C. d. tít., y acerca de la práctica en este punto, véase lo anotado por Bart. en la l. últ. D. d. tít., y adviértase que á mas de esta pena, al que prohibe testar, se le impone arbitraria, como opinaban la Glos. y Bart. en d. l. 1; y si interviniese violencia, entónces se le castiga con la pena ordinaria *de vi publica vel privata*, l. 10 §. últ. D. *ad leg. Jul. de vi public.*, y l. 1 D. *ad leg. Jul. de vi privat.*, y lo sostienen Guillelm. de Bug., Paul. y Alex. en d. l. 1.

(128) Pues se ofende gravemente á aquel á quien se prohibe testar, l. 23 C. *de inoff. test.*, y este hecho es una de las 14 causas de desheredacion que se enumeran en la l. 4 tít. 7. de esta Part.

(129) Este primer caso se halla en la l. 1 prim. respons. D. *si quis aliq. testar. prohib.*, y véase acerca del mismo á Bart. en la l. últ. col. pen. vers. *quarto casu* D. d. tít.

(130) Acerca de este caso v. Bart. en d. l. últ. col. pen. vers. *tertio casu*.

(131) Acerca de este tercer caso v. Bart. allí col. 1, sobre el primero y segundo caso que refiere él mismo.

(132) Parece inferirse de esta palabra y siguientes y de la l. anter., que si uno obliga al testador á que le instituya, ó bien á otro, valdrá la institucion, y los bienes se le quitarán

den fazer. E otros y a, que amenazan los Escriuanos, e a los testigos, con quien lo han de fazer, en manera que non osan venir a aquel que quiere fazer su testamento de lo suyo. E porende mandamos, que qualquier que embargasse a otro en alguna destas maneras sobredichas, o en otra semejante dellas, sil fuere prouado, que pierda (133) el derecho que podia auer en los bienes de aquel, a quien fizo este embargo, en qual manera quier. Empero, si fuerça, nin premia ninguna, nol fiziesse, mas rogandole (134) por buenas palabras, lo aduxesse a que non fiziesse testamento; estonce, non perderia lo que deuia auer, o heredar de los bienes del, maguer el otro por su dicho, o por sus palabras, se dexasse de fazer el testamento, o de cambiar (135) el que ante auia fecho. E otrosi dezimos, que si los fijos (136) embargaren al padre, que non faga su testamento, que non puedan despues heredar en los bienes del padre, maguer muera sin manda. Mas si fuessen dos fijos, o mas, e el vno dellos embargasse que non fiziesse el testamento, non los otros; aquellos que lo non embargassen, deuen auer cada vno su parte, e la parte de aquel que lo embargo, deue ser del Rey. E esso mismo seria, si el padre embargasse (137) al fijo, que

por el fisco, por ser indigno; empero sostiene lo contrario Juan de Imol. en la l. 1 col. 1 D. *de testam.* fundado en la Glos. allí. Y aun decide que en tal caso la institucion será nula; por la razon de que debe ser libre el arbitrio y voluntad del testador, l. 1 junto con las semejantes C. *de sacros. eccles.*, y tambien porque la coaccion que interviene anula el acto *ipso jure* lo mismo que respecto del matrimonio, el cual requiere una completa libertad, cap. *cum locum, de sponsalib.*, y l. 1 C. *de sacros. eccles.*, y viene en apoyo de esto el caso de la l. 20 §. últ. D. *de testam.*, donde decide que la coaccion que se hace á los testigos produce la nulidad del testamento; luego con mayor razon será nulo, si aquella se hace al testador: y así lo sienta tambien Jas. en la l. 1 C. *si quis aliq. test. prohib.* Los DD. sin embargo en la l. 1 C. d. tít. pretenden lo contrario; esto es, que en tal caso entrará el fisco, quitándose la herencia al indigno, y de consiguiente que se sostendrá la institucion, l. 43 §. 3 D. *de vulg. et pupill.*: lo mismo se deduce de estas ll. de Part., segun llevo dicho, y tal vez aun por derecho no comun procederia la decision de Imol., ya por no hallarse espreso que la institucian verificada por fuerza ó miedo sea nula *ipso jure*, ya porque la l. 20 §. últ. que él cita para el caso, no prueba esto: y es muy diferente el que la fuerza se haga á los testigos ó al testador; pues respecto de los primeros le ley presume que por estar perturbados á causa del miedo no entienden el acto que se verifica, y por esto se establece que no valga el testamento, si se hallan detenidos por fuerza: empero el testador aunque esperimente coaccion tiene conocimiento del acto que egerce, *coacta voluntas voluntas est regulariter*, cap. *merito* 15 cuest. 1, cap. *Abbas* y cap. *ad audientiam, de his quæ vi met. caus.*, por lo que decide Bald. en la l. 3 §. 1 C. *commun. de legat.* col. últ., que las leyes que espresan que la voluntad forzada es voluntad, proceden en negocio propio, mas no en ageno: y de consiguiente no tendrá esto lugar en el acto verificado por medio del administrador, segun decide el propio Bald. en la rubr. *de controv. investit.* hácia el fin; así pues es diverso el acto de la voluntad forzada del testigo del de coaccion de la misma parte. ¿Se deberán empero los legados en virtud del testamento otorgado á la fuerza? V. Bald. en la l. 1. C. *si quis aliq. test. proh.* col. 2: ¿qué diremos si no intervino miedo, y si dolo? V. Bald. allí col. últ. y l. sig.

(133) Y se adjudicará al fisco, segun dije en la l. anter. juntamente con la glosa. Sin embargo si la prohibicon ó coaccion fuere en daño de otro á quien el testador queria instituir, se socorre al perjudicado, Novel. 134 cap. 3, l. 88 §. 4 D. *de legat.* 2, Bart. en la l. últ. D. *si quis aliq. test., prohib*, y Bald. en la l. 1 col 2 C. d. tít. vers. *sed quæro hic*; y v. l. 29 de este tít. de Part.

(134) Añád. l. últ. D. *si quis aliq. test. prohib.*, y l. últ. C. d. tít., y véase lo anotado por la Glos. en el §. *Item testamenta* en la palabra *sponte*, *de pac. juram. firm.*, donde se trata del menor a quien el tutor atrae con halagos despues de concluida la tutela: y añádase tambien lo anotado por Bald. y Salic. en la l. 7 C. *arbitr. tutel.*, Abb. en el cap. 2 *de pecul. cleric.*, y Alex. en la l. 3 §. últ. D. *de condit. ob caus.* Empero, ¿qué diremos si uno se hace instituir heredero no con halagos, sino por medio de dinero? V. Paul. de Castr. en la l. 71 §. 1 D. *de condit. et demons.* ¿Y si uno tenia intencion de legar diez al pupilo, mas su tutor indujo con buenas palabras al testador á que hiciese tal legado á su favor? V. Glos. en la l. 36 D. *ad municip.* en la parte *incidisset*, y lo que dije en la l. 2 tít. 8 de esta Part.

(135) ¿Qué diremos si por medio de halagos ó persuasiones revocase el primero é instituyese el que le persuade? V. Jas. en la l. 1 C. *si quis aliq. test. prohib.*

(136) Añád. l. 23 C. *de inoff. test.*, l. 2 §. 1. D. *si quis aliq. test. prohib.*, y Az. en la Suma C. d. tít.

(137) Viene en apoyo de la cuestion que toca Bald. en la l. 23 C. *de inoff. test.*, acerca del hijo que queriendo testar, se lo prohibe la madre, y examinados los testigos, dicen que habiendo él

non fiziesse su testamento, de las cosas que lo pudiesse fazer.

LEY 28. *Que pena ha el señor del sieruo, a quien alguno ouiesse establescido por su heredero, sin embargo que non faga otro testamento.*

Faziendo algund ome su testamento, en que establesciesse por su heredero sieruo de otro, si despues desto quisiesse fazer otro testamento, e el señor (138) del sieruo le fiziesse engaño (139) en alguna manera, o embargo, por que lo non pudiesse fazer; maguer despues desto aforrasse esteatal a su sieruo, porque pudiesse heredar (140) los bienes de aquel que lo ouiesse establescido por su heredero, pierde porende aquel que fue sieruo el heredamiento, por el engaño, o por el embargo que fizo su señor, maguer que el sea sin culpa (141). E estos bienes deuen ser del mas propinco pariente (142) de aquel quel auia fecho su heredero en el testamento; fueras ende, si este que lo embargasse, fuesse el mismo el mas propinco pariente (143); ca estonce, non lo auria el, mas deue ser del Rey.

LEY 29. *Como aquel que embarga al que quiere fazer testamento, que non lo faga, deue pechar doblado, lo que fizo perder, a aquellos a quien el testador quiere mandar algo.*

Voluntad auiendo algund ome de establescer a otro por heredero en su testamento, o de mandarle alguna cosa en el, si otro tercero lo embargasse por fuerça, o por engaño, que lo non fiziesse; si el embargo, o el engaño podiesse ser prouado, deue aquel que lo fizo, pechar (144) al otro, a quien deue ser fecha la manda, doblado todo aquello, que fizo perder por tal razon como esta.

manifestado su voluntad de dejar los bienes á Ticio, ella impidió que el notario lo escribiese, alejando á este y á los testigos; véase al mismo allí.

(138) Añád. l. 1 §. 1 D. *si quis aliq. test. prohib.*

(139) Se vé aquí, que estas disposiciones y el tít. *si quis aliq. testar. prohib.* tienen lugar respecto del que prohibe con dolo; véase sin embargo Bald. en la l. 1 col. últ. vers. *extra quœritur* C. d. tít.

(140) Esta palabra no se halla en d. l. 1 §. 1 de la cual esta se ha tomado; y soy de parecer que lo mismo debiera decirse, aunque no hubiese manumitido con tal intencion.

(141) Nótese esta palabra, pues hace al caso para la cuestion que propone la Glos. en la l. 2 C. *si quis aliq. test. proh.*, á saber, si la coaccion ó dolo de un tercero que obliga á instituir á otro, perjudicará al instituido: y se resuelve comunmente por la afirmativa contra la Glos. allí; solamente Jas. limita allí la opinion comun, diciendo, que procederá si tal instituido lo sabia y queria; mas no si lo ignoraba: pretendiendo que así lo sienten los DD., pero en realidad estos hablan indistintamente, y sus razones militan aun respecto del ignorante: y Jas. habló en esta parte inadvertidamente, fundado tal vez en la l. 5 C. *de his quœ vi, met. caus.* allí: *sciente emptore*, sin observar que se suple *maxime* por la Glos. y los DD., interpretacion que nuestra ley confirma. Empero, ¿á quién pertenecerá en tal caso la herencia, al fisco, ó bien á los sucesores ab intestato? Los DD. comunmente pretenden que será del fisco; y lo declára Salic. en d. l. 1 *si quis aliq. test. prohib.*; sin embargo parece inferirse otra cosa de las palabras siguientes de esta ley: véase lo que digo en la glos. sig.

(142) Si esto se refiere como es preciso, á lo que se ha dicho antes, esto es al caso de haberse manumitido el siervo, se decide aquí un caso que no lo estaba por derecho comun; y la decicion es contraria á la opinion general de que habla Bald. en la l. últ. col. pen. vers. *quarto casu* D. *si quis aliq. testar. prohib.* quien opina que cuando los instituidos por medio de la coaccion ó dolo que empleé, estaban en mi poder al tiempo de la prohibicion aunque no lo estuviesen al tiempo de la adicion de la herencia, se les quita esta y se aplica al fisco: y, como aquí se ve, se decide lo contrario; y viene en confirmacion de lo que dije en la glos. anter., cuando por las instancias de un tercero fué instituido un estraño, en cuyo caso la herencia se defiere á los mas próximos sucesores *ab intestato*, y no al fisco, aunque los DD. sostengan comunmente lo contrario, como dije allí: pues estando la herencia en poder de aquél que no se valió de coaccion ni fraude, parece providencia justa, el que faltando el instituido indignamente, se adjudique mas bien á los herederos *ab intestato*. que al fisco: empero si el instituido hubiese tomado parte en la coaccion ó fraude, entónces procederia la opinion comun, y así se entiende en la l. 1 C. *si quis aliq. test. proh.*

(143) Añád. glos. últ. de la l. 1 princ. D. *si quis aliq. test. prohib.*

(144) ¿Qué diremos si no tiene con que pagar? en tal caso el perjudicado podrá dirigirse contra el fisco, arg. l. últ. princ. D. *de eo per quem fact. erit*, y l. 94 §. 1 D. *de legat.* 1, y lo sostiene Bart. en la l. últ. D. *si quis aliq. test. proh.*, y esto parece deber entenderse respecto del *id*

LEY 30. *Que pena merescen aquellos que embargan a los Pelegrinos, e a los Romeros, que non puedan fazer sus testamentos.*

Enferman a las vezes los Pelegrinos (145), e los Romeros, andando en sus romerias; de manera, que sintiendose muy cuytados de las enfermedades, han de fazer sus testamentos, et sus mandas: et porque acaescio ya en algunos logares, que aquellos en cuyas casas posauan, los embargauan maliciosamente, que non pudiessen esto fazer, con intencion, que si muriessen, que fincassen en ellos todas las cosas que trayan. Porende defendemos, que ninguno ome de nuestro Señorio non sea osado de fazer tan grand maldad como esta, de los embargar, nin contrallar, en ninguna manera que ser pueda, que non fagan sus testamentos, et sus mandas, en manera que quisieren. Ante tenemos por bien, e mandamos, que ayan libre poder (146) para fazerlo: et como quier que ellos ordenaren, e establescieren, e mandaren fazer de sus cosas con razon, et con derecho, assi lo otorgamos, et tenemos por bien que vala: et ninguna costumbre mala, o priuilejo que ouiesse en algund logar contra esto, non gelo pueda embargar. E si alguno contra esto fuere, mandamos, que resciba pena en aquello mismo (147) en que erro; de manera que de alli adelante, testamento, nin manda que fiziesse, non vala en ninguna guisa. E de mas desto mandamos, que el Judgador del logar do acaesciere, le faga escarmiento por ello, en el cuerpo, e en el auer, segund entendiere que meresce, catando qual fue el yerro que fizo, e la persona contra quien fue fecho.

LEY 31. *Como deuen ser puestos en recabdo los bienes de los Romeros, e de los Pelegrinos, quando mueren sin manda.*

Muriendo algun Pelegrino, o Romero sin testamento, o sin manda, en casa de algund Alberguero, aquel en cuya casa muriere, deue llamar omes buenos de aquel logar, e mostrarles todas las cosas que trae; e ellos estando delante, deuelas fazer escreuir, non encubriendo ninguna cosa dello, nin tomando para si, nin para otro; fueras ende aquello que deuiere auer con derecho por su ostalage, o sil ouiesse vendido algo para su vianda. E porque las cosas dellos sean mejor guardadas, mandamos, que todo quanto les fallaren, sea dado en guarda (148) al Obispo del logar, o a su Vicario; e el embie a dezir (149) por su carta aquel logar onde el finado era, que aquellos que con derecho pudieren mostrar que deuen ser sus herederos, que vengan, o embien vno dellos con carta de personeria de los otros, e que gelo daran. E si tal ome viniere, e se mostrare segund derecho, que es su heredero, deuengelo todo dar. E si por auentura tal heredero non viniere, o non pudiessen saber (150) onde era el finado, deuenlo todo dar, e despender en obras de piedad (151), alli do entendieren que mejor lo podran fazer. E si algun Osta-

quod interest, mas no de la pena del duplo, por mas que indique otra cosa Salic. en d. l. 1 C. *si quis aliq. test. prohib.*

(145) No debe tomarse ni entenderse esto respecto de los peregrinos, de que habla la Novel. 86 princ., y Bart. en la glos. sino de los que son tales por causa de devocion: lo que manifiesta esta ley, cuando dice *de los Romeros* etc., y así lo entienden tambien Ang. y Paul. de Castr. en la auth. *omnes peregrini*, C. *commun. de success.*

(146) A tenor de esta palabra la que tambien se halla en d. auth. *omnes peregrini* C. *commun. de success.*, decidia allí Ang., que por medio de la misma parece quitarse toda solemenidad del derecho civil respecto de los testamentos de los peregrinos, y que valdrán estos con solos dos testigos, segun dije en la l. 4 de este tít. de Part. Opino sin embargo que procederá esta decision, cuando no pueden hallarse mas testigos, de lo contrario debiera observarse la disposicion de la ley del Orden. Con todo téngase presente en la práctica la decision de Ang.

(147) Se le castiga pues en lo que delinquió, d. auth. *omnes peregrini*, *torquetur quis in eo, in quo peccavit*, como dice S. Gregorio, 24 lib. Moral. cap. 4, y la Glos. en el §. 3 Instit. *quib. non est permiss. fac. test.*

(148) Entiéndase por medio del juez del lugar, pues si este tiene que ausiliarles mientras viven, siendo de otra suerte castigado, segun la l. 3 tít. 9 lib. 1. del Orden.; con mayor razon está obligado respecto de lo que dejaren despues de su muerte.

(149) Esto pues pertenece al cuidado del obispo, segun esta ley, y d. auth. *omnes peregrini*, C. *comm. de success.*; sin embargo no tendria por desacertado, como dije, el que interviniese el juez seglar del lugar; y hace al caso la l. sig.

(150) De consiguiente tambien se distribuye á los pobres, no hallándose aquél á quien debe restituirse, ni sus herederos: véanse los DD. en el cap. *cum tu*, *de usur.*, y cap. *cum sit*, *de Judæis.*

(151) Así pues los bienes de los peregrinos no

lero contra esto fiziesse, tomando, o encubriendo alguna cosa, mandamos, que lo peche tres doblado, todo quanto tomare, e encubriere; e que faga dello el Obispo, o su Vicario, assi como sobredicho es.

LEY 32. *Como son tenudos los Apportellados de los Logares, de guardar, e de amparar su derecho, a los Pelegrinos e a los Romeros.*

Todos los Judgadores, e Officiales de nuestro Señorio, mandamos, que señaladamente sean tenudos, cada vno dellos en su logar, de guardar, e amparar a los Pelegrinos, e los Romeros, que non resciban tuerto, nin daño, en sus personas, nin en sus cosas; e que guarden ellos, e fagan guardar a todos los otros todas estas cosas, en fecho de los Romeros, assi como sobredichas son. E demas desto les mandamos, que si acaeciere, que algunos Romeros, o los herederos dellos, que vinieren por razon de sus testamentos, de o sus bienes, ante ellos, que los oyan luego (152), e los libren lo mas ayna, e lo mejor que pudieren, e sopieren, sin escatima, e sin alongamiento. De manera, que su romeria, nin su derecho, non se les embargue por aloñgança de pleytos escatimosos, nin en otra manera que ser pueda.

se aplicarán al fisco en calidad de vacantes, sino que se invertirán en obras de piedad á discrecion del obispo, segun esta ley y d. auth. *omnes peregrini*, y lo anotado allí por Ang.

(152) Parece deducirse de esta palabra y siguientes, que deberá procederse en estas causas de los peregrinos sumariamente, sin guardar el órden y trámites de los juicios, segun se espresa en la Clement. *sæpe, de verb. sign.*, y cuando dice *statim*: entiéndase de la mayor rapidez posible, prescindiendo de todas las solemnidades: sin embargo es enteramente necesario el que medie algun intervalo, lo que se manifiesta con estas palabras de la ley, *lo mas ayna* etc., l. 2 §. 43 D. *ad Tertull.*, Bald en la l. 9 §. 3 col. 2 vers. *quid si sub adverbio statim*, D. *de offic. procons*. Y con lo que añade *sin escatima* parece dar á entender, sin forma de juicio: se abreviarán pues las dilaciones, y se instruirá la causa con la mayor rapidez segun d. Clement. *sæpe*, y Bald. en el cit. §. 3 princ. Y cuando dice, *Sin alongamiento*, quiere que no haga el menor retardo, l. 5 C. *de naufrag.*, Bart. en la l. 7 col. últ. D. *de incend. ruin. naufrag.*; bastará por consiguiente que el juez proceda atendida solamente la justicia y equidad, arg. l. 60 § últ. D. *mandat.*

TITULO II.

DE COMO DEUEN SER ABIERTOS LOS TESTAMENTOS, QUE SON FECHOS EN ESCRITO EN PORIDAD.

Escriuen algunos omes sus testamentos en poridad (1) de guisa que los testigos que escriuen y sus nomes, non saben que es lo que esta escrito en ellos. Onde, pues que en el titulo ante deste mostramos las maneras de como se deuen fazer, queremos aqui dezir, de como deuen ser abiertos, despues que fueren assi fechos, porque los omes a quien fuere mandada alguna cosa en ellos, sepan ciertamente quanto es. E otrosi, que las poridades que son en ellos puestas, sean mejor guardadas. Emostraremos, quien puede mandar que se abra el testamento. E ante quien. E quando puede pedir que lo abran. E en que manera deue ser abierto, e mostrado. E ante quáles.

LEY 1. *Quien puede demandar ante el Juez, que abran el testamento que es escrito en poridad.*

En poridad, e con escritura seyendo fecho el testamento, pueden aquellos a quien es mandado algo (2) en el, demandar ante el Juez, quel abran, seyendo muerto (3) el que fizo el testa-

(1) Parece inferirse de aquí, que este tít. tiene lugar únicamente respecto del testamento escrito; sin embargo, procede tambien en el testamento nuncupativo, ó codicilo reducido á escritura por medio de escribano. Glos. y Bart. en la l. 1 princ. D. *testam. quemad. aper.*—* A tenor de la l. 5. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec. el que tuviere en su poder el testamento debe presentarlo dentro del mes siguiente á la muerte del testador: y no cumpliendo en esta forma, pierde el legado si se le hizo alguno en el testamento, y cuando no, debe condenársele á los daños y perjuicios, y además á dos mil maravedis para la cámara del rey.

(2) Y tambien pueden demandarlo aquellos á quienes no se hubiere hecho manda alguna, con tal que les interese, por ej. si el hijo fuese preterido, y pretendiese la nulidad del testamento, segun Ang, en la l. 1 princ. D. *testam. quemad. aper.*, y bastaria el juramento para probar que á uno le interesa, segun opinaban la Glos. y Bart. en la l. 1 princ. D. d. tít., y Paul. de Castr. en la l. 1 C. *quemad. test. aper*.

(3) Debe pues constar la muerte del testador, antes de abrirse y publicarse el testamento, segun esta ley, l. 2 §. 4, y l. 8 D. *testam. quemad. aper.*, y si el escribano dijese que, aun habien-

mento. Pero el que esto demanda, deue jurar (4) primero, que lo non faze maliciosamente, mas por cuydar (5) que en aquel testamento yaze alguna cosa, que le fue mandada a el, o a aquel por quien lo demanda. Esto es, porquel testamento non pertenece tan solamente a vn ome solo, maguer sea heredero, mas a todos aquellos a quien es mandada alguna cosa en el. E porende, pleyto (6), nin composicion (7), que fiziessen entre si, aquellos que cuydassen auer alguna cosa en el testamento, non deue valer, fasta que sea abierto (8) ante el Juez. Ca non podria ser sabida la verdad ciertamente, de lo que es escrito, e mandado en el testamento, a menos de ser abierto. E porende podria acaescer, que rescibirian algunos engaño, en la composicion que fiziessen ante.

LEY 2. *Quando pueden pedir que se abra el testamento.*

Pedir puede delante el Juez, qualquier de los que dize en la ley ante desta, que abran el testamento, desque fuere finado aquel que lo fizo. E si el testamento fuere en la Villa, o en el Lugar, do lo pidieren, deuelo fazer aduzir el Juez ante si, e abrillo luego, assi como adelante mostraremos. E si fuere a otra parte, deueles poner plazo a los que lo touieren, a que lo aduzgan; e desque lo aduxeren, deuelo otrosi abrir. E si por auentura, alguno de los que touiessen el testamento, fuesse rebelde, de manera que lo non quisiesse mostrar por mandado del Juez, deue pechar (9) a aquel, o aquellos que lo de-

do fallecido el testador, no debe publicarlo, por haberle encargado este, que no lo manifestase hasta haber transcurrido cierto tiempo, no es creido el escribano en esta parte, á no ser que de otra manera apareciese haber tenido tal encargo, segun Ang. en d. §. 4, y añádase á nuestra ley, la l. 102 tít. 18 Part. 3.

(4) V. l. 3 C. *quemad. test. aper.*

(5) Se infiere de esto que basta el juramento, aunque no se pruebe de otro modo el interés que se tiene en ver el testamento, como dije mas arriba.

(6) Tenemos aquí espreso que así como no vale la transaccion, á no ser que se haya visto la disposicion del testamento, ó codicilos, así tampoco el pacto gratuito; y lo mismo sostuvo tambien la Glos. en la l. 6 D. *de transact.*, y allí Bart., Bald., Ang. y Alberic.; sin embargo de haber opinado lo contrario Guillelm., Jacob. de Raven., Raine., Paul. y Jas.

(7) Esto es, transaccion, d. l. 6, y l. 12 D. *de transact.* Empero, ¿valdrá la sentencia proferida, sin haberse visto la disposicion del testador? La Glos. en la l. 3 §. 1 D. *de transact.*, pretendia que lo dicho no tenia lugar en la sentencia, fundándose en la l. 11 princ. D. *de except. rei jud.*, y lo sostienen Bald., Guillelm. y Jacob. de Arenas en d. l. 6, y el propio Bald. en d. § 1. Lo contrario sin embargo sostienen Paul. de Castr. y Jas. en d. l. 6, admirándose este de que la Glos. y los DD. opinaran de otro modo, estando espresamente en contra de dicha opinion, segun él, la l. 1 princ. D. *testam. quemad. aperiant.* allí: *neque apud judicem exquiri veritas aliter potest.* Sígase la opinion de la Glos., Bald. y otros, á la que se inclina tambien Alberic. en d. l. 6, D. *de transact*, fundado en la cit. l. 11 princ.: sin embargo, competeria la restitucion en virtud de la cláusula general por causa de justo error, como declaran allí la Glos., Bart. y otros; á pesar de sostenerse la sentencia, atendido el rigor del derecho. Y á d. l. 1 princ., que citan en su apoyo Jas. y Alberic., contesto que allí no se decide que no pueda proferirse la sentencia sin conocerse las palabras del testamento, así como se dispone que no pueda transigirse de otro modo; sino que tan solo espresa la cit. l., que el juez no podrá inquirir de otra manera la verdad; entre cuyas palabras media mucha diferencia: y viene en apoyo de esto nuestra ley de Part., la que tan solo anula el pacto y transaccion que se hubiere verificado antes de haber visto las disposiciones testamento; y nada dice acerca del la sentencia del juez: véanse además acerca del particular, la Glos. y los DD. en d. l. 6, y Bart. en la l. 122 §. 6, cuest. 4, 5 y 6 D. *de verb. oblig.* y l. 4 D. *de option. legat.* ¿Y podrá renunciarse á esta ley con juramento? Jas. manifiesta latamente en d. l. 6, que sí, y añád. Decio consil. 345 *visis his*, *quœ supra*, y Alex. consil. 11 *viso*, *ut oportet*, etc. vol. 2, donde tambien se trata del caso en que el heredero transija con los deudores hereditarios, sin haber visto el testamento.

(8) Abierto pues el testamento, basta que se sepa su contenido por relacion del escribano, ó de los testigos, etc., aunque no se examine su contenido segun Paul. de Castr. en la cit. l. 6 D. *de transact.*; y será suficiente que las partes espresen en el instrumento de la transaccion, que tuvieron noticia de lo que se hallaba dispuesto en él, segun lo anotado por Bald. en d. l. 6. Con todo si interviniese error en tal relacion, por contener mas el testamento de lo que se menciona, ó por disponerse de distinto modo del que se espresa á la parte, entónces no valdria la transaccion, como lo nota Ang. en d. l. 1 princ. D. *quemad. testam. aper.*, y l. 122 §. 6 D. *de verb. oblig.*, y si bien Juan de Imol. censura allí á Ang., sin embargo la decision de este

mandassen, todo quanto les fuesse mandado en el testamento; e demas, el daño, e el menoscabo que les viniesse por esta razon, porque gelo non quiso mostrar.

LEY 8. *En que manera, e ante quales omes deue ser abierto el testamento, e mostrado.*

Abierto (10) deue ser el testamento delante del del Juez ordinario, e de los testigos que son escritos en el. Pero en ante quel Juez lo mande abrir, deue saber dellos, si es aquel el testamento, en que pusieron sus sellos, o fizieron poner; o en que escriuieron sus nomes. E los testigos deuen conoscer si son aquellos sus sellos; e si la mayor partida dellos dixeren, que pusieron los sellos en el testamento, deue ser abierto ante ellos, e leydo, maguer todos non se acertassen y. E despues desto, deuelo embiar a aquellos, que non fueron presentes, que conoscan sus sellos, si fuessen dolientes, o personas muy honrradas; o si fuessen en otra tierra, que non pudiessen ser llamados, nin venir sin grand trabajo (11). E si acaesciesse, que alguno destos testigos negasse, que non pusiera su sello en el testamento, non lo deuen dexar por esso de abrir; como quier que alguna sospecha sea contra el testamento, por el niego de aquel testigo. E si por ventura el Juez non pudiesse auer los testigos ante quien fue fecho el testamento para abrirlo ante ellos, porque fuessen todos, o la mayor partida dellos en otra tierra; estonce dezimos, que si el Judgador entendiesse, que podria acaescer algund daño, o algund embargo, por razon que el testamento non se abriesse, ante que aquellos testigos pudiessen venir, que deue fazer venir ante si omes buenos (12), e abrir el testamento ante ellos; e desque fuere abierto; deuelo mandar trasladar, e leer. E de si, deue cerrar el testamento, e mandar, que aquellos omes buenos que pongan sus sellos en el. E en esta guisa se puede abrir el testamento, maguer non este delante ninguno de los testigos ante quien fue fecho. Pero despues que vinieren los testigos, deueles mostrar (13) el testamento, que conozcan los sellos; e si fueren en otra parte, embiarselo alla, segund de suso diximos. E deuen ellos jurar (14), que digan, si es aquel el testamento que ellos sellaron, e onde fueron testigos. E desque aya tomado la jura, deuen fazer trasladar el testamento en su registro,

la sostienen Alex. y Francisc. de Aret. allí: y v. Socin. consil. 214 vol. 2 duda 2ª.

(9) Añád. l. 3 § 11 D. *de tabul. exhib.*, y acerca del legatario que sustrae el testamento, v. l. últ. tít. 7 de esta Part.—*Véase la adic. á la glos. 1.

(10) Acerca el modo de publicarse el testamento, véase á mas de esta ley y siguien., el Specul. tít. *de instrum. edit.* §. *ostenso*, col. pen.

(11) O bien sin grande incomodidad. l. 7 D. *testam. quemad. aper.*, y allí Bart. siguiendo la Glos., pues no debe acarrearnos perjuicio, lo que hacemos por favor, como se espresa allí.

(12) En d. l. 7, de la cual esta se ha tomado, se lee *optimæ opinionis viris*, donde nota Juan de Imol. que no bastará que se abra en presencia de personas bien reputadas, si hubiese otras de muy buena fama; por lo que dice, estar prevenido que el escribano dé fé de esto en el instrumento; pues si bien obra á favor de cada cual la presuncion de ser bueno, no se considera sin embargo el mejor, ó á lo menos así no se halla espreso en el derecho; empero á tenor de esta ley, claro está que bastarán testigos de buena fama de los que reputa tales el derecho, como lo manifiesta Bart. en la Novel. 90 cap. 1; puede servirnos esta ley para resolver la cuestion que tratan Ang. y Juan de Imol. en la l. 1 §. últ. D. *quemad. test. aper.*, á saber, si requiriéndose en fuerza de estatuto el que los testigos sean de muy buena fama, deberá probarse que son tales; pues parece inferirse de esta ley, que con el hecho de ser buenos, se reputan de muy buena fama; y así opinaron tambien Juan de Ligna. y Francisc. Rampon., segun refiere Juan de Imol. en d. §. últ. col. 4 hácia el fin, aunque este, siguiendo á Ang., pretende lo contrario.

(13) Lo dicho deberá observarse, cuando el testamento se otorgó, por escrito sin escribano; mas no si intervino este, como sucede comunmente en el dia en estos reinos, mayormente despues de la l. 3 de Toro, pues por la autoridad del mismo, semejante escritura es pública, y hace fé, segun la glos. notab., á la l. 2 princ. en la palabra *publicum* D. *testam. quemad. aper.*, glosa generalmente aprobada y lo sostiene tambien la Glos. en la l. 32 en la palabra *ostenditur* C. *de fideicom.*, y Bald. en la l. 8 hácia el fin C. *qui testam. fac. poss.*, y en las ll. 1 hácia el fin, y 19 C. *de testam.*: acerca el modo con que el escribano deberá formalizar el instrumento de la publicacion, v. Juan de Imol. en d. l. 2 princ., y nótese esto, pues incurren en error los que hacen publicar en presencia del juez tales instrumentos estendidos ante escribano, como ví alguna vez, por no ser necesario; y añád. Ang. en d. l. 1 y 2 C. *de testam.*

(14) Tenemos aquí, que aun en las causas sumarias se requiere que los testigos juren, v.

e los dichos de los testigos, que dixeron quando juraron; o en essa misma carta, en que esta escrito el testamento, si ouiere y pergamino tanto, en que se pueda escreuir lo que dixeron. E despues desto, deue dar traslado (15) del testamento, a aquellos a quien es algo mandado en el, si gelo demandaren.

LEY 4. *Que puede fazer el Judgador, quando el testamento es fecho ante testigos sin escrito.*

Ante testigos paladinamente seyendo fecho el testamento, o sin escritura, si alguno de aquellos a quien fue algo mandado en el, pidiesse al Juez, que fiziesse venir ante si los testigos, e rescibiesse los dichos dellos en escrito, en la manera quel testamento fuera ordenado ante ellos, deue el Juez (16) fazerlo assi (17); e desque los testigos fueren venidos ante el, deuelos (a) jurar que digan verdad; e de si, deue fazer escreuir lo que dixeren, e vale tanto el escrito que fue fecho desta guisa de los dichos de los testigos, como el testamento que es fecho en escrito (18). E maguer que muriessen los testigos todos, o alguno dellos, despues (19) que esto ouiessen fecho, valdria el dicho, e la escritura (20) dellos, bien assi, como si fuesse testamento acabado; seyendo las perso-

(a) facer jurar Acad.

Bart. en la Extravag. *ad reprimendum* en la parte *summarice*, y en la parte *sine figura judicii*, y en la l. 7 D. *de donat.*

(15) Empero, ¿se dará crédito á este ejemplar *autenticado* ó publicado por medio del juez, aunque no aparezca el testamento original? V. Specul. tít. *de instrum. edit.* §. *ostenso* vers. 2 *quoque* y vers. sig., y Alberic. en la l. 2 C. *de testam.*; tambien parece probar bastante en esta ley que hará fé semejante exemplar; ni se requiere que se justifique la pérdida del original, como pretendian algunos en la cit. l. 2, donde Alberic., despues de haber referido las opiniones, se espresa así: opino empero, y así he visto observarse en el tribunal, que si existe el original, y alguno lo pide, deberá manifestarse; pues podria haber en él muchos vicios visibles é invisibles, que no se observaron al tiempo de la publicacion: mas si se hubiese perdido, debiéramos atenernos al auténtico, ó publicado, jurando el que lo produce, que no está en su poder el original, ni ha dejado de tenerlo por dolo, l. últ. C. *de fid. instrum.*, y así se practica frecuentemente en las Reales Audiencias, siempre que se pide la exhibicion del original.

(16) Entiéndase del ordinario, l. 18 C. *de testam.*, Bald. en d. l. 2 C. d. tít., y l. 6. princ. C. *de re judic.*, y véase acerca de esta publicacion del testamento Abb. cap. últ. al fin *de fide instrum.*; y con bastante acierto se espresa en esta ley, y añád. Specul. tít. *de instrum. edit.* §. *ostenso* col. 9 vers. *fiebat autem olim.*

(17) Citados, empero, aquellos á quienes interesa, á saber, los que sucederian *ab intestato* caso de no existir testamento, segun Bart. y Bald. á quien véase en la l. 2 C. *de testam.*, y limítese con el mismo en la l. 1 al fin D. *testam. quemad. aper.* Empero, si ha transcurrido ya mucho tiempo desde que se publicó el testamento, ¿se presumirá haber intervenido la citacion de aquellos, á quienes debe hacerse? V. Specul. en d. § *ostenso*, vers. *sed quid si post publicationem*, y Juan Andr. y los DD. en el cap. *Albericus, de testib.*, y parece ser allí la comun opinion, que bastará el largo tiempo, por ej. de diez años, para presumirse haber mediado dicha solemnidad, mayormente cuando en el instrumento se hizo mencion de la citacion; lo que limita allí Felin. hácia el fin, á no ser que se tratase del grave perjuicio de un tercero, pues en tal caso se requiriria el decurso de 30 años, cap. *pervenit*, y allí Imol., *de empt. et vendit.*: y entiéndase lo dicho del transcurso de largo tiempo, bajo el supuesto que los sucesores ab intestato hubiesen tenido noticia del testamento, pues así lo sienten los DD., y lo manifiestan Felin. cap. *sicut*, *de re jud.* col. 14, y Decio consil. 409, y véase tambien Alex. consil. 9 vol. 3.

(18) Entiéndase cuando fué publicado el testamento por escrito, en la forma prevenida en la ley anterior, ó estendido públicamente por mano del escribano, segun dije allí.

(19) Otra cosa seria si muriesen antes, pues entónces caducaria el testamento, l. 2. C. *de testam.*, l. 4 D. *testam. quemad. aper.*, lo sostiene Alberic. en la l. 1 §. 8 D. d. tít., y nuestra ley parece probarlo bastante *á sensu contrario.* Lo mismo tendria lugar, si falleciese antes de la públicacion del testamento uno solo de los testigos necesarios, arg. l. 12 C. *de testam.*, Abb. cap. últ. *de fide instrum.*, y parece probarlo esta ley, como llevo dicho: y lo propio debiéramos decir, aunque por medio de dos ó tres testigos se justificase que aquél ó aquellos que fallecieron, fueron rogados en el testamento, cuando los sucesores *ab intestato* negasen no solo la solemnidad, si que tambien la verdad del mismo; acerca de lo cual véase la Glos. en la palabra *doceri potest*, l. 2 C. *de bon. poss. secund. tab.*, y allí latamente Bart. y los DD., y añádase á lo que llevo dicho, la Glos. en la l. 2 en la palabra *publicum* D. *quemad. testam. aper.*, y la Glos. y Bart. en la l. 6 C. *de re jud.*

(20) La cual, aunque despues se perdiese por

nas de los testigos atales, que non los pueden desechar (21).

LEY 5. *En que manera deue el Juez dar traslado del testamento, a quien fue mandado algo en el.*

El Juez deue dar traslado del testamento a los herederos (22), bien assi como esta escrito el testamento original: mas a los otros a quien es mandado algo en el, non deue dar traslado, si non solamente de lo que a ellos pertenesce (23); pero non deuen en el escreuir el dia (24), nin el mes, nin la era en que fue fecho. E esto deue fazer assi, porque aquel que rescibiere el traslado, non pueda fazer falsedad en el testamento. Pero si aquel que fiziesse el testamento, vedasse que non abriessen alguna parte, como si dixiesse: Tal cosa, que yo establezco en el mio testamento, mando que non sea abierta ninguna cosa, nin publicada fasta atal tiempo, o fasta atal dia; o si dixesse: Maguer lo abran, mando que non den traslado de tal cosa, que y esta escrita, a ome del mundo: ca en aquella manera que el mandare (25), assi lo deue el Juez guardar. Otrosi dezimos, que el Juez non deue dar traslado de aquello que el entendiesse en el testamento, de que podria nacer peligro (26) alguno, maguer el fazedor del testamento non lo ouiesse vedado.

LEY 6. *Por que razon se podria mouer el testador, a defender que non abriessen el testamento fasta tiempo cierto.*

Dubdarian algunos, por que razon se moueria el fazedor del testamento, a vedar que lo non abriessen, todo, o parte del, assi como diximos en la ley ante desta. Onde, para sacarlos desta dubda, queremoslo aqui dezir: e dezimos, que si el testador ouiesse su fijo, que fuesse menor de catorze años, si le establesciesse por su heredero en tal manera, que si el moço muriesse antes deste tiempo, que heredasse todo lo suyo otro alguno, que nombrasse señaladamente en el testamento; porque sospechasse el fazedor del, que este atal se trabajasse de muerte del moço (porque heredasse sus bienes) quando esto sopiesse, por esta razon vedaria, que lo non abriessen fasta quel moço ouiesse catorze años. E la manera que mostraron los Sabios antiguos (27), para esto

caso fortúito, podria probarse su contenido ó su pérdida por medio de dos testigos, l. 18 C. *de testib.*, y lo anotado allí por Bald. y Salic., y tambien Alex. y Jas. en la l. 2. C. *de bon. poss. secund. tab.*

(21) L. 9 tít. anter. de esta Part., y lo que dije en la l. 1 d. tít.

(22) Aprueba la opinion del glosador Pileo, de la que habla la Glos. en la l. 3. C. *quemad. testam. aper.*, y lo mismo pretendia la Glos., segun declara Bart. en la l. 9. § 6. D. *testam. quemad. aper.* ¿Qué diremos, si el que pide la públicacion no es heredero, quien por otra parte sucederia *ab intestato* á no existir el testamento, ó es tal vez un hijo desheredado? En tal caso debe hacerse la publicacion, empero sin espresar la fecha, segun Bald. en d. l. 3, y añádase á nuestra ley la l. 3. junto con la l. sig. D. *testam. quemad. aper.*

(23) Añád. l. 10. § 2. D. *de edend.*, y lo que se lee, y nota Bart. en la rubr. D. *de nov. oper. nuntiat.*, y debe darse copia de dicha cláusula junto con la institucion de heredero, á fin de que pueda saber el legatario, á quien deba demandar, y así opina tambien Juan de Imol. en d. l. 2. § 6. D. *testam. quemad. aper.*

(24) Concuerda con d. l. 2. § 6. D. *testam. quemad. aper.*, y l. 3. C. d. tít.; y lo mismo tendremos cuando se implore el oficio del juez por el escribano: así como, cuando piden los legatarios que se les permita examinar lo que se halla escrito en el testamento; pues entónces debe hacerse, reservada la fecha, segun esta ley y d. concordancias; y de consiguiente para que se sepa si les interesa: constando empero que tienen interes en ello, entónces debe manifestarse tambien el dia y el año al legatario, el cual respecto del legado, se considera como heredero, l. 14. D. *de usucap.*, segun Jacob. de Aret., Cyn., Alberic. y Bald. en d. l. 3. C. *quemad. testam. aper.*, y tambien Bart. en el cit. § 6, y la razon de ello, segun Juan de Imol., en d. lug. consiste en que incumbe al escribano, por razon de su oficio, dar testimonio en pública forma, y por consiguiente con la espresion del dia y del año, ya que esta circunstancia es indispensable para la solemnidad del instrumento, l. 35 tít. 18 Part. 3; y porque debe librarse con el fin de que el interesado pueda probar su derecho, lo que no cabe si no se exhibe el instrumento del modo indicado: y tocante á esta edicion del instrumento sin espresion del dia, mes y año, véase lo que dije señaladamente en la cit. l. 11 tít. 18 Part. 3.

(25) Téngase presente, pues, si no me engaño, no se halla así espreso por derecho comun, si bien lo prueba bastante la l. 8. D. *testam. quemad. aper.*, y allí Juan de Imól., y especialmente en la l. 3. C. d. tít.

(26) Es mas lata esta palabra, que la que se lee en la cit. l. 3 C. *quemad. test. aper.*

(27) El § 3. Instit. *de pupillar. substit.*, y l. 8. D. *testam. quemad. aper.*

mejor fazer, es esta: assi como si el testador escreuiesse, o fiziesse escreuir encima de la carta del testamento, aquella razon que vedasse que non abriessen, e la cerrasse, e la sellasse; e escriuiesse (28) sobre la plegadura de la carta, como defiende que aquella parte del testamento que non la abriessen fasta algund tiempo, o dia cierto; e dende ayuso (29) de la carta, escriuiesse aquella parte, que el quisiesse que fuesse abierta despues de su muerte: ca en aquella manera deue ser guardado, e abierto el testamento, como mandara aquel que lo fizo, e non en otra manera.

TITULO III.

DE COMO DEUEN SER ESTABLESCIDOS LOS HEREDEROS EN LOS TESTAMENTOS.

Fundamento, e rayz (1) de todos los testamentos, de qual natura quier que sean, es establescer herederos en ellos; como quier que a las vegadas, se comiençan de otra manera, segun es voluntad de aquellos que lo fizieren. Onde, pues que en los titulos ante deste mostramos, quien puede fazer testamento, e en que manera, e como lo deuen abrir; conuiene que digamos en este titulo, del establecimiento de los herederos, que fazen los omes en los testamentos. E demostraremos, que cosa es establecer heredero. E que pro viene ende. E quien lo puede ser. E por que palabras ha de ser establescido. E en que manera. E en quantas partes puede partir el fazedor del testamento su heredad entre los herederos. E de si diremos todas las otras cosas, que pertenecen a esta razon.

LEY 1. *Que cosa es establescer heredero, e a quien tiene pro.*

Hæredem instituere en latin, tanto quiere dezir en romance, como establescer vn ome a otro por su heredero, de manera que finque señor (2) despues de su muerte de lo suyo, o de alguna partida dello, en logar (3) de aquel quel establescio. E tiene muy grand pro a aquel que lo establescio (4), porque dexa lo suyo a ome que quiere bien, e partese su anima deste mundo mas folgada porende. E otrosi tiene pro al heredero, porque se le acrecen mas los sus bienes deste mundo por ello.

LEY 2. *Quien puede ser establescido por heredero de otri.*

Establescido puede ser por heredero de otro,

(28) Pues tal parece ser la voluntad del testador con solo estar cerradas ó selladas las tablas pupilares, l. 8. D. *testam. quemad. aper.*; y entiéndase, cuando existiesen independientemente las mismas.

(29) V. Juan Fabr. en d. § 3. Instit., quien espone tambien, como podrá hacerse en medio del testamento ú otra escritura, esta sustitucion pupilar, cuya apertura prohibe el testador.

(1) Concuerda con esta ley el §. 34. Instit. *de legat.*, y añádase que interesa al honor y á la conservacion de la fama del difunto el que esta tenga heredero, como manifiesta Bald. en la l. 1. col. últ. C. *si quis. omiss. caus. testam.*; y nótense bien estas palabras de la ley, *fundamento, é raiz*, pues de esto se infiere lo que por otra parte se lee en la l. 14. C. *de testam.*, á saber, que, el que instituye heredero, se presume testar y no hacer codicilos: en el dia empero á tenor de la l. 1. tít. 2. lib. 5. del Orden. [l. 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Recop.], aunque falte esta institucion de heredero, y de consiguiente tal fundamento, se deben por esto los legados dejados en el testamento, y lo demas que se halla contenido en él. Empero, despues de d. l. del Orden., ¿se requerirá tambien que se admita la herencia *ab intestato?* Parece que si, atendidas las palabras de la misma, y hacen al caso la l. 2. D. *de fideicom. libert.*, l. 38. §. 1. D. *de hæred. instit.*, y lo anotado por Bald. en la l. 21. §. pen. C. *de testam.* Véase tambien lo que dije en la 37. tít. 9. de esta Part. en la glos. sobre la palabra, *los frutos:* con todo, lo que se obtiene como legado, no requiere ninguna adicion, ni aun *ab intestato*, Glos. y lo que nota Ang. en la l. 18. C. *famil. ercisc.*

(2) Entiéndase de modo que adquiera todo el derecho que tenia el difunto, pues lo que uno tiene, y no mas, lo deja á su heredero, l. 36. §. 1. D. *de condit. et demonst.*

(3) Pues el heredero y el difunto se reputan una misma persona, segun esta ley, y la Novel. 48. princ.; sin embargo de ser diferentes entre sí, el *yo* del difunto y el *yo* del heredero, Bald. en la auth. *si tamen* C. *de tempor. appell.* en la cuestion notable que trata él mismo allí, y nota que se juzga respecto del heredero haber tenido y poseido la cosa del mismo modo y en la misma forma que el difunto la poseyó, véase señaladamente Paul. de Castr. en la cuestion que propone en la l. 8. C. *de usufr.*

(4) Pues nos interesa el tener heredero, segun esta ley, l. 6. D. *de interrog. in jur. fac.*, y lo sostiene Bald. en la l. 3. col. 1. C. *unde liberi.*

Emperador (5), o Emperatrix, o Rey, o Reyna. E otrosi la Camara de cada vno dellos, e la Eglesia (6) de cada vn logar honrrado (7), que fue fecho para seruicio de Dios, e obras de piedad. Otrosi Cibdad (8), o Villa, o Concejo, o todo ome, quier sea padre, quier sea fijo, o Cauallero, e quier sea cuerdo, o loco, o mudo, o sordo, o ciego, o gastador de sus bienes, Clerigo, o lego, o Monge. E breuemente dezimos, que todo ome, a quien non es defendido (9) por las leyes deste nuestro libro, quier sea libre, o sieruo (10), puede ser establescido por heredero de otri; pero si el sieruo fuesse de tal ome, en que el señor del non podria ser establescido por heredero, estonce non lo podria el ser. Fueras ende, si el señor aforrasse (11) tal sieruo como este, en ante que entrasse en possession de la heredad. Ca estonce, este atal bien podria heredar (12) aquello en que fuesse establescido por heredero, e non se le embargaria por la razon sobredicha de su señor. E esso mismo seria, si el señor vendiesse tal sieruo como este, a ome que podiesse ser establescido por heredero segun derecho. Ca estonce el sieruo bien podria auer la heredad, en que fuesse establescido por heredero, con otorgamiento deste nueuo señor. E aun dezimos, que el sieruo puede ser establescido por heredero de otri, maguer su señor fuesse muerto (13). Pero non puede ganar la tenencia del heredamiento, fasta que lo mande el heredero de su señor.

LEY 3. *Como puede el testador establescer su sieruo por heredero, si quisiere.*

Si el señor ouiesse tan gran amor con algun su sieruo, que non auiendo fijos, lo fiziesse heredero de lo suyo, poderlo ya fazer; e seria porende heredero, e libre, maguer non lo ouiesse aforrado; ca entiendese (14) que lo faze libre, pues quel dexa todo lo suyo, faziendolo heredero. Pero si

(5) Añád. l. 7. C. *qui test. fac. poss.*, donde la Glos. decide que lo propio tendrá lugar respecto del Papa.

(6) Añád. l. 1. C. *de Sacros. Eccles.*, y cap. *quicumque* 17. q. 4., donde se trata del consejo de S. Agustin, á saber, que no debe ser desheredado ningun hijo, para favorecer á la iglesia; cuya decision se entiende respecto de la legítima, mas no de otra manera, v. Alex. en la l. 15. C. *de pact.*, y Decio en la l. 19. 3. notab. C. d. tít.

(7) Añád. l. 1. C. *de sacros. eccles.*, y l. 12. C. *de hæred. instit.*, y v. l. 8. C. del mismo tít.

(9) Se ha tomado de lo que dice Az. en la Suma C. *de hæred. instit.* col. últ.; y acerca de los que son capaces, y de los que están prohibidos de recibir, ó que no tienen testamentifaccion pasiva, v. Glos. en el §. 24. Instit. *de legat.*, y l. 4. de este tít. de Part. — * El decreto de Córtes de 22 de julio de 1837 art. 38 atribuye á los religiosos esclaustrados la testamentifaccion activa y pasiva, así como el derecho de suceder *ab intestato.*

(10) Añád. l. 31. D. *de hæred. instit.*

(11) Añád. l. 82. D. *de acquir. hæred.*

(12) Añád. d. l. 82; empero, esto parece estraño habiéndose dicho antes en esta ley, que la capacidad ó incapacidad se considera respecto de la persona del siervo, como se lee en la cit. l. 31., y l. 12. §. 2. D. *de legat.* 1., y así parece que la institucion no puede revalidarse por medio de la manumision ó enagenacion, l. 29. D. *de regul. jur.*; y tambien porque en la institucion debe intervenir la capacidad en los tres tiempos, l. 49. §. 1. D. *de hæred. instit.*, el §. 4. Instit. *de hæred. qualit. et differ.* y l. 22. de este tít. de Part. La Glos. y los DD. en d. l. 82. se esfuerzan mucho en resolver esta dificultad. Bart. concreta la ley al caso que el esclavo fuese instituido por contemplacion á su persona; teniendo por nula la institucion cuando se hiciese por consideracion al dueño, ó lo que es lo mismo, simplemente, l. 21. C. *de jur. delib.*, cuya opinion de Bart. siguen Paul. de Castr., y Juan de Imol., si bien este no lo declara espresamente: Angel. empero se opone á esa interpretacion de Bart. por no estar fundada y por otros motivos, á los que contestan Paul. de Castr. y Juan de Imol. Yo me inclino mas bien á dicha interpretacion de Bart., la que parece seguirse mas comunmente que la de Ang. y Jacob. de Aren., quienes decian, que la cit. l. 82. D. *de acquir. hæred.* habla del siervo que era enteramente incapaz, pero podia ser instituido heredero, si bien el fisco estaba facultado para quitarle la herencia como indigno; pues esto está en contra de las palabras de d. l., y mayormente de las de esta l. de Part., cuando dice, *que el Señor del non podria ser establecido por heredero.*

(13) Añád. l. 52. D. *de hæred. instit.*, y el §. 2. y allí la Glos. Instit. d. tít. en las palabras *testamenti factio.*

(14) Sin embargo, si con palabras espresas instituyó puramente al siervo, habiéndole dado la libertad condicionalmente, entónces no será libre en virtud de la institucion, sino que debe esperar la libertad á tenor de la disposicion espresa que el testador hizo; así lo decide la glos. de la 9. §. últ. sobre la palrbra *die veniente*, D. *de hæred. instit.*, junto con lo anotado allí por

alguna dueña, que ouiesse sieruo, fuesse acusada que fazia adulterio (15) con el, e en ante que fuesse librado (16) el pleyto de la acusacion, lo establesciesse ella por su heredero, nol valdria: porque fuerte sospecha seria contra ella, que era verdad (a) lo que della acusaron, pues tanto lo amaua, quel fazia su heredero.

LEY 4. *Quien non puede ser establescido por heredero.*

Non puede ser establescido por heredero, ningun ome que sea desterrado por siempre, a quien dizen en latin, Deportatus (17): nin otrosi, los que son juzgados a pena de cauar (18) en las mineras de los metales del Rey para siempre (19), por yerro que fizieron; pero estos atales, que fuessen condenados en los metales, o lauores del Rey, bien podrian auer otras mandas (20), que les algunos mandassen, o fiziessen en sus testamentos. Otrosi dezimos, que el que es judgado por hereje (21), non puede ser establescido por heredero de otri; nin aquellos que se fazen baptizar dos vezes (22) a sabiendas. Nin los Aposta-

(a) aquello de que la acusaron, Acad.

Juan de Imol, y añádase á nuestra ley el §. 2. Instit. *quib. ex caus. manum. non lic.*, y l. pen. C. *de necess. serv. hæred. instit.*

(15) Añád. l. 48. §. 2. D. *de hæred. instit.*, y hacen al caso la l. 1. C. *de mulier. quæ serv. propr.*, el cap. 58. §. 3. vers. *si qua cum servo*, donde hay una glos. interesante 12. cuest. 2., el vers. *est tamen caus.* junto con su bella glos. princ. Instit. *de hæred. instit.*; la muger incontinente respecto de sus esclavos es la deshonra de toda su familia, l. únic. C. *de* S. C. *Claud. toll.* y allí Bald.

(16) De consiguiente, despues valdria la manumision, segun esta ley, y d. l. 48. §. 2. D. *de hæred. instit.*, y el vers. *est tamen casus* Instit. d. tít. princ.: empero, si fué instituido pendiente la causa, y despues obtuvo sentencia absolutoria, ¿valdrá la institucion? La glos. parece pretender la negativa en la l. 76. §. 4. D. *de legat* 2. y lo propio se infiere de esta ley allí: *porque fuerte sospecha*, la que no parece purgarse por medio de la sentencia: y soy de parecer que así deberá sostenerse, aunque opinen de distinto modo Rafael en d. l. 48. §. 2. y Ang. en el cit. vers. *est tamen.*

(17) Tenemos aquí una ley espresa á favor de la opinion comun, que puede verse en la l. 1. C. *de hæred. instit.* opuesta á la glos. última; si bien intenta sostener d. glos. Juan de Imol., siguiendo á Jacob. Butric. en la l. 82. D. *de acquir. hæred.* col. pen. y últ. Así pues, á tenor de esta ley, la institucion de un deportado se considera no escrita, y así no adquiere la herencia el fisco, sino los sucesores *ab intestato*, segun dicha comun opinion sancionada por nuestra ley: corrobora lo mismo el equipararse en ese punto por esta ley el deportado al condenado á trabajar en las minas, dado que no se duda respecto de este, que su institucion se tiene por no escrita, l. 3. D. *de his quæ pro non script.*, y añád. l. últ. tít. 7. de esta Part. —* En virtud de la l. 3. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec. el condenado por delito á muerte civil ó natural puede hacer testamento, y lo que es mas, dar facultad á otro para ordenarlo; luego con mayoría de razon podrá ser instituido, porque con mas facilidad niegan las leyes la capacidad activa que la pasiva.

(18) Añád. d. l. 3. D. *de his quæ pro non script.*

(19) Dice esto, porque si tuviese alguno que hacerlo hasta determinado tiempo, no se entenderia condenado al trabajo de las minas, l. 28. §. 6. D. *de pœn.* ¿Qué dirémos acerca del condenado á muerte, ó á cárcel perpétua? V. Bart. en d. l. 3. D. *de his, quæ pro non script.*, y l. 4. del Orden. de Toro.

(20) Entiéndase respecto de los alimentos, segun se lee en d. l. 3. y se nota en la l. 7. D. *de legat.* 3. —* Véase la adicion á la glos. 17.

(21) Añád. l. últ. C. *de hæret.*, la auth. *credentes* d. tít., y l. últ. tít. 7. de esta Part. Empero, ¿podrá ser instituido el judío, ó hacérsele alguna manda? Hubo varias opiniones: pues la Glos. en la l. 1. C. *de Judæ.* sostuvo la afirmativa, y lo mismo pretendian Cyn., Alberic. y Salic. en la l. 1. C. *de sacros eccles.*, y Bart. en la l. 20. D. *de reb. dub.* Mas lo contrario opinaba Ang. en d. l. 1, segun refiere Anan. cap. *Judæi*, el 2. *de Judæis*, y lo propio sienta la Glos., y á esta opinion parece inclinarse Juan de Anania en d. cap. *Judæi*; alegan el cap. 6. §. *multi* 24. q. 2.; empero d. l. 1. segun dice Socin. en la cit. l. 20., habla del herege: citan tambien el cap. *si quis Episcopus*, *de hæret.* junto con el siguien., al cual contesta Socin. en d. l. 20. D. *de reb. dub.*, defendiendo la opinion contraria; véase al mismo allí: y ciertamente parece resolverse allí, que las personas eclesiásticas no podrán dejar nada á los Paganos ni á los Judíos: empero, respecto de los legos no se halla tan espreso, antes bien esta ley de Part. cuando enumera los incapaces, no habla de los Judíos en particular: sin embargo no puede dejarse á una corporacion de Judíos, d. l. 1. C. *de Judæ*: empero, que el judío ó pagano no puede ser instituido heredero, se lee en la l. últ. tít. 7. de esta Part., y l. 16. tít. 6. lib. 3. del Fuero Real.

(22) Az. en la Suma C. *de hæred. instit.* hácia el fin, habla de los que repiten el bautismo;

tas (23), que fueran Christianos, e tornaronse Moros, o de otra Ley. Otrosi non puede ser establescido por heredera, ninguna Cofradia, nin Ayuntamiento (24) que fuesse fecho contra derecho (25), o contra voluntad (26) del Rey, o del Principe de la tierra. Nin puede establescer por heredero a ninguna persona que fue nascida de dañado coitu (27) que quiere tanto dezir, como de vedado ayuntamiento, assi como de parienta, o de muger religiosa. (28).

pues es una especie de heregía, segun se lee 24 q. 3. cap. pen. §. *Novatiani*, y cap. *non licet*, cap. *rebaptizare*, cap. *qui bis*, *de consecr.* dist. 4. y cap. *qui in aliquo*, dist. 51. y l. 1. C. *ne sanct. bastim. reiter.*; téngase presente esta ley de Part. Lo mismo parece deberá decirse respecto de los que reiteran las órdenes, ó la confirmacion: y viene en apoyo de lo dicho, lo anotado por Archid. en el cit. cap. *qui bis*; si bien está en contra, el que siendo penal esta ley no debe interpretarse estensivamente.

(23) Añád. l. 3. C. *de Apostat.*

(24) Añád. l. 8. C. *de hæred. instit.*

(25) Generalmente por el derecho comun están reprobados todos los colegios, segun se lee en la l. 3. §. 1. D. *de colleg. illic.*, á escepcion de algunos que quedan aprobados por derecho de gentes ó civil, acerca de los cuales véase Bart. en la l. últ. D. *de colleg. illic.* vers. *videamus*, y añad. §. *conventicula*, *de pac. juram*, *firmand.* y lo que allí espresa Bald.; y tocante á los colegios aprobados, v. ll. 1 y 7. D. *quod cujusqu. univ. nom.*, y l. últ. C. *de jurisd. omn. jud.*

(26) Nótese pues, que los colegios no pueden establecerse sin la aprobacion del Príncipe, segun esta ley; y añádase lo que se lee en el cap. últ. *de religios. domib.* lib. 6., y en las ll. 1, 2 y últ. tít. 11. lib. 8. del Orden. Real, y lo que manifiesta Bart. en la *extravag. qui sint rebelles*, en la glos. sobre la palabra *occultè.*

(27) Parece inferirse de las palabras generales de esta ley, que los espúrios, ó nacidos de punible ayuntamiento no podrán ser instituidos herederos no solo por el padre, si que ni aun por un estraño: pues, equiparándose por la misma estos espúrios á los hereges y otros que no pueden percibir nada por derecho de institucion, sea cual fuere la persona que los instituya, se presume recaer igual determinacion respecto de los primeros, l. 4 y otras. D. *de vulgar. et pupil.*: empero parece que esta ley deberá entenderse concretándola al padre, es decir que tales hijos nacidos de union punible podrán ser instituidos por el hermano ú otro, ya que así se halla decidido por derecho comun, segun se prueba en la l. 6. D. *de vulg. et pupil.*, y lo nota una glosa en la auth. *quib. mod. natur. effic. sui* §. últ. sobre la palabra *participium* col. 7., glosa generalmente aprobada: así lo entendió Az. en la Suma C. *de hæred. instit.*, al fin, de cuya decision esta ley se ha tomado; y lo demuestran las citas que él hace; y lo propio sostien tambien Bart. en la l. 1. princ. D. *de jur. fisc.*, y añádase á lo dicho, la l. 10. tít. 13. de esta Part.

(28) Habla por via de ejemplo; por lo que lo mismo deberá decirse de los demás espúrios nacidos de punible ayuntamiento, segun espresé en la l. 11. tít. 13. de esta Part., véase lo que allí digo: en cuanto á lo que dije de los hijos adulterinos respecto de la sucesion de la madre, y por lo que mira á si podrá dejarse algo al hijo espúrio, v. Alber. en la l. 8. C. *de naturat. liber.*, y l. 6. D. *de vulg. et pupill*, Bart. en la l. últ. col. 2. D. *de his quib. ut indign.*, y Juan de Plat. en la l. 1. al fin C. *de delat.* A mas de los casos de incapacidad que se enumeran en esta ley, pueden verse otros en la Novel. 143, y lo anotado allí por Bart., donde se espresa que casándose una muger con el raptor, no podrá percibir nada del testamento de este, lo que tal vez procederá tambien por derecho canónico, ya que la ley puede quitar semejante lucro; sin embargo no deja de ser controvertible, pues con ello se quita la libertad de contraerse el matrimonio, ó á lo menos se intimida, lo que está en contra de lo anotado por la Glos. en el cap. *de puellis*, 36. q. 2. cuya opinion siguen Abb. en el cap. 1. *de sponsal.* y cap. *ecclesia S. Mariæ*, *de constitut.*, y Alex. en la l. 27. D. *ad leg. Falcid.*; y si bien la Glos. en el cap. *cum secundum leges*, *de hæret.* lib. 6. en la palabra *certaque*, espresa lo contrario de lo que dijo en el cit. cap. *de puellis*, es de advertir, que habla de cuando al raptor se le impone la pena de perder el dominio de sus bienes, cuya ley por causa del rapto los habia adjudicado á la muger robada, pues se le entregaron á tenor de d. l., y no tiene nada de estraño, el que la ley pueda quitar el lucro que la misma habia atribuido: empero en nuestro caso la ley nada habia dado á la muger robada, y por lo mismo el imponer pena de que no pueda percibir lo que le deja en testamento el raptor, seria una mera pena accesoria de la prohibicion del matrimonio; de consiguiente no puede proceder por derecho canónico, y esto parece lo mas acertado: mayormente, estando la mas comun *opinion* en contra de la glosa en el caso del cap. *cum secundum leges*, siguiendo generalmente los DD. á la Glos. en d. cap. *de puellis*: y viene en confirmacion de lo dicho el que la pena impuesta por derecho civil á la muger que vuelve á casarse dentro el año del luto, de que sea incapaz de recibir por testamento, l. 1. C. *de secund. nupt.*, y l. sig. de este tít. de Part. está derogada por derecho canónico; así como las otras penas que se imponian en este caso, cap. últ. *de secund.*

LEY 5. *Como la muger, que casa ante que se cumpla el año que murio su marido, non puede ser establescida por heredera.*

Muger que cassasse ante de un año despues de muerte de su marido, no la puede ningun ome estraño establescer por heredera, nin otro que fuesse su pariente del quarto grado (29) en adelante. E defienden las leyes a las mugeres, que non casen ante deste tiempo, por dos razones (30).

nupt., y lo sostienen la Glos. en d. l. 1, y los DD. comunmente en el cit. cap. últ. — *La incapacidad de que habla esta ley de Part. es absoluta, es decir que las personas que ella espresa, si se esceptuan los hijos nacidos de vedado ayuntamiento, no pueden ser instituidas por persona alguna. Hay otros que tienen incapacidad relativa. Estos son: 1º. los hijos de clérigo, fraile ó monja profesos: semejantes hijos son incapaces para sucedar por testamento y *ab intestato* á su padre clérigo ó profeso, y á los parientes por parte de padre; comprendiendo la ley las donaciones, las mandas, y hasta las ventas hechas por estas personas al espurio, ll. 4. y 5. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.: pero los hijos de que se trata ¿serán tambien incapaces de sucedcr á la madre? parece que no, atendido el contesto de la parte dispositiva de la cit. l. 4.; mas el preámbulo de la misma hace sospechar si se les quiso tambien escluir de la herencia materna: sin embargo de esto la cuestion debería quizas resolverse á favor de los hijos si no fuese la última cláusula de de la l. 5., la que despues de haber hablado de los nacidos de punible ayuntamiento, dice, *salvo si fueren los hijos de clérigos, ó frailes, ó freires, ó de monjas profesas, que en tal caso, aunque por el ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el señor rey D. Juan 1. en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucesion de los clérigos;* de cuya cláusula se deduce; primero, que en la inteligencia de los autores de esta ley, la del rey D. Juan, que es la l. 4. cit. se estendia tambien á la sucesion de la madre, y en segundo lugar que en este sentido quisieron confirmarla. Por lo que mira á la sucesion de los parientes por línea materna, parece que no serán incapaces los hijos de que tratamos, ya que la l. 4. al hablar de parientes se concreta á los de la línea paterna, y que de otra parte ni la l. 5. ni otra alguna nos precisan á una interpretacion estensiva en este punto. Sin embargo de las disposiciones indicadas, el padre y la madre, caso que necesite de alimentos el espurio, podrán dejarselos en vida ó por última voluntad, con tal que no pasen del quinto, l. 6. tít. cit.—2º. *Los hijos nacidos de punible ayuntamiento*, esto es de union, por la que la madre incurre en la pena de muerte natural: estos son incapaces para heredar á su madre así, por testamento, como abintestato, pudiendo únicamente recibir en vida ó en muerte la quinta parte de los bienes de la misma, l. 5 cit.: al padre no podrán heredarle en parte alguna, segun la l. 10. tít. 13. de esta Part., la que no la hallamos derogada, ni modificada: esto no obstante, si el hijo necesita de alimentos el padre podrá y deberá dejarle la cantidad indispensable para este objeto, pero de modo que no pase del quinto, l. 6. cit.—3º. *Los hijos nacidos de vedado ayuntamiento*: son incapaces para suceder al padre en los mismos términos que los de union punible, l. 10. cit. A la madre tampoco le suceden por testamento, ni abintestato, si tiene esta hijos legítimos; pudiendo únicamente recibir en tal caso la quinta parte de los bienes de la misma, l. 5. cit.: si no tiene hijos legítimos la madre, le sucederán por testamento y abintestato los ilegítimos, aunque sean de vedado ayuntamiento, mientras no provengan de union con clérigo ó religioso, ó que la misma madre fuese religiosa profesa, l. 5. cit. — 4º. *Los hijos naturales*: son incapaces de suceder al padre, á escepcion del quinto, si hubiese hijos legítimos: faltando tales hijos, puede el padre dejar al natural lo que quisiere, l. 6. cit.: con respecto á la sucesion de la madre no hay diferencia entre los hijos naturales y los nacidos de vedado ayuntamiento, l. 5. cit. — 5º. *Los hijos legitimados por rescripto del príncipe*: el padre no puede dejarles mas del quinto, si le sobrevinieren hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, l. 7. tít. cit. En rigor estas disposiciones relativas á los hijos naturales y á los legitimados por rescripto del príncipe no constituyen una incapacidad relativa, pues que en el fondo se reducen á declarar que semejantes hijos no pueden considerarse al igual de los legítimos y naturales, á los que les corresponden por su legítima las cuatro quintas partes de la herencia paterna. — 6º. *El que hubiere confesado al testador en la última enfermedad*: este confesor, así como sus parientes y la iglesia ó religion á que pertenezca se hallan incapacitados para recibir cosa alguna en fuerza del testamento, ya á título de manda, ya por via de institucion, l. 15. tít. cit. y real cédula de 30 de mayo de 1830. — Advertimos de paso que el final de esta l. de Part. que se comenta declara incapaces, al parecer de un modo absoluto, los hijos nacidos de vedado ayuntamiento: si semejante disposicion no debe entenderse limitada, esto es de la incapacidad relativa, como opina Greg. Lopez., quedaria corregida por las leyes de Rec. que acabamos de citar. — Sobre los que no pueden haber la herencia por indignos, véase la l. 13. tít. 7. de esta Part.

(29) Añád. l. 1. vers. *eamdem. C. de secund. nupt.*,

La una, porque non dubden (31) los omes, si auiniere que encaesce ella en esse mismo año, de qual de los maridos, del muerto, o del biuo, es el fijo, o la fija, que nasciere della. La otra es, porque el marido segundo non aya mala sospecha contra ella, porque tan ayna quiso casar.

LEY 6. *Por que palabras, e en que manera puede ser establescido el heredero.*

Ciertamente, deue el fazedor del testamento, nombrar aquel que quiere establescer por su heredero, diziendo (32): Fulano quiero que sea

y allí la Glos. y Az. en la Suma d. tít. — * En virtud de la l. 4. tít. 2. lib. 10. Nov. Rec. puede cualquier viuda libremente casarse dentro del año de la muerte de su marido, sin que incurra en pena alguna, ni en la nota de infamia.

(30) Se ha tomado de la l. 11. D. *de his qui notant. infam.*, de la l. 8. C. *de repud.*, y de la Novel. 39. col. 4, y v. Glos. cap. *omne* 27 q. 2.

(31) Esta fué la razon mas poderosa, á saber la confusion de la sangre; de tal manera, que, segun refiere tambien Pedro de Anchar. en el cap. *cum secundum leges*, *de hæretic.* lib. 6, los DD. Rayne. de Forli. y Pedro de Leaza fueron de parecer que, cuando fuese probable semejante confusion, tendrian lugar aun por derecho canónico las penas impuestas por el civil á la muger que se casa, siendo reciente la muerte de su primer marido, por no ser verosimil que el derecho canónico quiera atribuir á uno el que es hijo de otro, l. 1. §. 11. D. *de vent. inspic.*; y lo propio parece que sostienen Roffre. en el tít. *de bonor. possess.*, y Bald. en la cit. l. 11. §. 1: cuya opinion decide Bald. en d. cap. últ. *de secund. nupt.*, ser muy probable á primera vista: y viene en confirmacion de lo dicho el que, habiendo causa se prohibe por algun tiempo el uso del matrimonio contraido, 5 dist., cap. *ad ejus verò concubitum*, y lo anotado en la 3 q. 4 en la suma: luego con mayor razon por el motivo antes citado puede prohibirse hasta cierto tiempo el matrimonio que va á contraerse. Pero por último el mismo Abb. sostuvo lo contrario, así como la Glos. en d. l. 11. en la palabra *collocare*; el propio Abb. en el cap. *ecclesia S. Mariæ*, núm. 20 *de constit.*, y allí Aret. y Felin. núm. 57; cuya opinion parece la mas segura, y se comprueba por lo que se lee en la l. últ., tít. 12, Part. 4.

(32) Añád. l. 29 C. *de testam.*: es notable lo que allí dice la Glos., á saber que si en presencia del testador, indica alguno el heredero, y aquél manifiesta con palabras su conformidad, diciendo simplemente si, valdrá el nombramiento; y si bien algunos DD. antiguos, segun refiere el Specul. tít. *de testam.* §. 1. vers. *quid si is*, pretendian lo contrario, cuya opinion dicen ser mas acertada Jas. en la cit. l. 29, y Rodrig. Suar. en sus alegaciones, aleg. 1, donde cita tambien esta ley de Part.; no obstante el parecer de la Glos. se aprueba por la generalidad de los DD. en d. l. 29, y lo propio sostienen Juan Andr. en las adiciones al Specul. lug. cit. en la adicion que empieza, *quidam Pileus*, y Juan de Imol. añadiendo ser esta la comun opinion, en el cap. *cum tibi*, col. 2, *de testam.* Sin embargo, limítese esta opinion al supuesto de hallarse el testador con buen entendimiento y memoria: ahora, si llegase á tal punto la enfermedad, que el testador no pudiese articular palabra, deberiamos considerarle como muerto ya, y de consiguiente seria nulo el testamento, pues que si en aquél instante se le preguntase si habia muerto á fulano, contestaria probablemente afirmando: así lo sostuvieron Pedro, Cyn., y Bart. en d. l. 29, y Alberto Papiense citado por Juan Andr. en dd. adicion. al Specul., cuyas palabras son notables y acertadas, y proferidas con gran discrecion, segun Paul. de Castr. consil. 155. *viso puncto et allegatione*, vol. 1, y v. Alex. consil. 33 *ponderatis* vol. 3; así opina tambien Juan de Imol. en d. cap. *cum tibi*, y comunmente los DD. en la cit. l. 29 C. *de testam.*: en cuanto á determinar si el testador habla ó no articuladamente, véase Socin. consil. 20 que empieza, *abunde et subtiliter*, vol. 4. Limítase tambien dicha comun opinion al supuesto que sea el escribano quien interrogue al testador, si quiere que tal persona sea su heredero; otra cosa seria si respondiese á la sugestion de otro, segun parece deducirse de la interpretacion de Bart. y Bald. en d. l. 29, y especialmente así lo limita Rodrig. Suar. lug. cit. Empero soy de parecer, que, aunque otro interrogase, con tal que no fuese sospechoso, valdria el testamento, pues los DD. no hablan tan estrictamente acerca del escribano que hace la pregunta, sino que hacen mencion de él para quitar toda sospecha. Así pues, lo mismo tendria lugar respecto de otro, con tal que no fuese sospechoso: y así parece lo interpretan Alex. en d. consil. 33, Socin. consil. 28 vol. 3. col. pen., y Paul. de Castr. en la l. 1. § 2. D. *de verb. oblig.*; pues lo mismo tendriamos, si el escribano fuese llamado por una persona sospechosa, ó bien si el mismo era tal, segun manifiesta tambien el propio Socin. consil. 92. *in causa Antonii* vol. 3 col. 10. En tercer lugar limítese dicha comun opinion, al caso que el escribano ú otra persona no sospechosa, con ciencia y voluntad del testador escribiese el testamento, y despues en presencia del mismo testador y de los testigos declarase el nombre del heredero ó herederos; pues entónces basta que el testador diga, que si; y así se observa en el dia. Otra cosa seria, si alguno hizo escribir el testamento sin saberlo el testador, y sin constar la voluntad de este, y

mio heredero, nombrandolo por su nome (33), que sea heredero en todo, o en parte, como el testador touiere por bien. E si por auentura (34) el testador dixere en su testamento: Fulano sea heredero; cumple esta palabra, maguer non diga, mio. E aun dezimos, que si fallassen escrito en el testamento: Que fulano heredero, nombrandolo el testador, non dixesse sea; o se fallasse escrito: Fulano sea; e non fuesse y puesto, (b) mio, nin heredero; valdria el establescimiento que fuesse fecho en alguna destas maneras. E esto es, porque sospecharon los Sabios antiguos, que el fazedor del testamento auria dichas todas las palabras que deuen dezir en establecer el here dero, como quier que se non fallen assi escritas. Otrosi, si por auentura non las ouiessen assi dichas, sospecharon, que esta mengua auiniera por agrauiamiento (35) de la enfermedad, e non por otra cosa; pues que el testamento se falla acabado en todas las otras cosas. Mas si vna pa-

(b) mio heredero, valdrie Acad.

despues convocados los testigos, el notario lo lee en presencia del testador, é interroga á este, si tal es su voluntad; pues aunque responda que si, y pueda hablar articuladamente, el testamento será nulo, mayormente cuando el testador estaba agobiado con la enfermedad, segun Ludovic. Roman. consil. 36 en l. las últimas palabras, interpretando así la opinion de Albert. Papien. lug. cit.: y lo mismo parece pretenden Bald. en d. l. 29, y Paul. de Castr. en la l. 8. vers. *at cum humana fragilitas* C. *qui test. fac. poss.*, y lo sostiene Jas. en la cit. l. 29 hácia el fin, diciendo ser esta opinion muy equitativa, y que por este medio se evitan los fraudes que se cometen á menudo; lo propio defiende Rodrig. Suar. en la cit. aleg. 1, chart. últ., quien añade que hace al caso el cit. vers. *at cum humana fragilitas*, sobre la parte *testandi*, juntamente con la glosa. Queda por consiguiente muy limitada y reducida cuasi á la nulidad dicha comun opinion; y quizas deberá prescindirse de las limitaciones indicadas, cuando el que interroga es hombre fiel y no sospechoso, y el testador habla de un módo inteligible, teniendo en aquel entónces sana memoria y entendimiento: pues bastante pronuncia el nombre del heredero, aunque lo declare refiriéndose á lo que otro dice, l. 1. §. 2. D. *de verb. oblig.* Y parece que opina en estos términos contra dichas limitaciones, Alex. en d. consil. 33, así como Alberic. siguiendo á Pedro y Cyn. en d. l. 29. C. *de testam.*, diciendo que se presume repetido por el testador lo que dijo el que le interrogó, arg. l. 6. §. 1. D. *de act. ser. amot.*, y ll. 20 y 19. D. *de condict. indeb.*: bastará pues que se sepa de un modo manifiesto cual es la voluntad del testador, conforme se infiere de esta ley de Part. allí: *Fulano sea* etc.; y lo propio pretende Bald. en d. l. 29, cuando dice: *sed quid si ipse dicat*, etc., y de consiguiente parece contradecir la opinion de Nico. de Matta, que espuso en el lug. cit., y además Paulo de Castr. habla de un caso diferente, como se ve en su consil. 155 al cual se refiere, donde concurrian muchas otras circunstancias. Por lo que, mediando presunciones de que el testador, no libremente, sino agobiado por la enfermedad y sugestiones, sin tener cábal conocimiento ni voluntad, hubiese dicho que sí, procederian con razon las citadas limitaciones, segun opinan Alex. en d. consil. 33, y Socin. consil. 92. *in causa domini Antonii*, vol. 3 col. 9 y 10; pero no, cesando dichas circunstancias, segun se infiere de lo que dicen los Doctores.

(33) Empero, ¿valdrá el testamento á favor de causas pias hecho por medio de signos? Juan Andr. en las adiciones al Specul. tít. *de testam* vers. *quid si is*, decide, que aunque valga el legado hecho de este modo, no se entiende así del testamento. Sin embargo Bald. en la l. 1. C. *de sacros. Eccles.* col. 17. alegando la Glos. en el cap. *cum tibi*, *de testam*, concluye por la validez del testamento, y de consiguiente por la de la institucion de heredero; lo que tambien sienta Abb. en d. cap. *cum tibi* hácia el fin, y añade que aun respecto de otras causas que no fuesen pias, tendria fuerza el testamento otorgado con signos muy claros, si constase por medio de estos la voluntad del testador: mas á la verdad el cit. cap. *cum tibi* no prueba esto, segun tambien decide Juan de Imol. en d. cap. *cum tibi* col. 2, y conforme manifiesta Bald. en la repet. á d. l. 1 col. 18, no autoriza el derecho canónico, que un testamento no solemne valga por derecho civil: por consiguiente lo que se lee en d. cap. *cum tibi* debe entenderse cuando la disposicion versa sobre causas pias, en las que se ha de considerar la formalidad del testamento segun el derecho canónico; empero respecto de otras causas se atiende á lo dispuesto por derecho civil.

(34) Esta ley se ha tomado de la l. 1. §. 1. D. *de hæred. instit.*, y de lo que dice Azon, en la Suma C. d. tít. Y una sentencia; ¿se entenderá proferida y perfecta aunque se omita alguna palabra que se sobreentienda, sin poder ocurrir otra, salvas las reglas del buen sentido? Esta cuestion la toca Bart. en d. §. últ., donde puede verse Alex. en las adiciones, y Juan de Imol. en la *lectura*.

(35) Esta palabra viene en apoyo de lo que dije en la glos. anter.

labra tan solamente se fallasse escrita en el testamento, como si dixesse el testador: Fulano; o dixesse: Heredero, e non nombrssse quien; non valdria estonce el testamento, porque por tales palabras non podria tomar ome cierta sospecha (56), nin entendimiento verdadero, del fazedor del testamento. E sobre todo dezimos, que el establescimiento del heredero se puede aun fazer por otras palabras (37); assi como si dixesse aquel que lo fazia; Fulano sea mio heredero; o, Quiero; o, Mando que lo sea; o si dixesse: Fulano sea señor (38) de todas mis heredades (39); o: Aya todos mis bienes; o: Dexol todo lo que he (40); o otras palabras qualesquiera, semejantes destas, por que se pudiesse mostrar su voluntad en esta razon.

LEY 7. *Como el establescimiento del heredero deue ser fecho en el testamento, e non en otra scriptura.*

El establescimiento del heredero deue ser fecho en testamento acabado, e non en otra escritura que es llamada en latin, Codicillus (41), que se faze ante cinco testigos; fueras ende en vna manera, como si aquel que fiziesse cobdicilo, dixesse assi; quel el rogaua, o mandaua a los herederos, que deuen heredar lo suyo por qual manera quier que sea, que despues de su muerte diessen, e entregassen todos sus bienes a alguno, que fuesse nombrado señaladamente en el cobdicilo. Ca est nce tenudos son de los dar, e entregar, a aquel que assi fuesse nombrado en el; sacando ende la quarta parte (42) de todos los bienes, que pueden tener los herederos para si.

LEY 8. *Como, despues quel heredero es establescido simplemente en el testamento, nol puede ser puesta condicion en el cobdicillo.*

Simplemente, e sin condicion establesciendo vn ome a otro por heredero en su testamento, si despues desto fiziesse cobdicilo, no le empesceria la condicion que fuesse puesta en el. Otrosi, non puede vn ome establescer por su heredero en el cobdicilo a otro, en lugar de aquel que ouiesse establescido en el testamento; maguer dixesse, que si muriesse este sobredicho ante que ouiesse su heredad, que la ouiesse el otro, a quien la mandaua dar en el cobdicilo. Pero si alguno fiziesse su testamento acabado, en que dixesse, que aquel queria que fuesse su heredero, quel nombrasse; e dixesse en el cobdicilo; si

(36) Pues si pudiese inferirse el sugeto á quien se refiere, se tendria por espreso, segun esta ley; la l. 67 §. últ. D. *de legat.* 2 tiene por espreso lo que se colige de cosas espresas, Bald. en la l. 1. col. últ. C. *de his qui ant. apert. tab.*, l. 3 C. *de instit. et substit.*, Oldrald. consil. 224, y Decio consil. 397.—*En virtud de la l. 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec. el testamento no será nulo del todo en el caso que supone aquí la de Part.: lo será únicamente la institucion de heredero, la que despues de la cit. l. de Rec. no es circunstancia esencial para validez del testamento.

(37) Añád. l. 15. C. *de testam.*

(38) Añád. l. 48. princ. D. *de hæred. instit.*

(39) En la cit. l. 48. se lee: *hæreditatis meæ dominus esto*; llamo la atencion hácia estas palabras, porque vulgarmente en español esta diccion *heredades* sé refiere á los predios rústicos: por lo que tal vez estaria mejor que esta ley dijese, *de toda mi heredad*: pues si se pusiese la palabra precedente, y se nombrare un heredero universal, no se entenderia serlo aquél á quien se dejan las heredades, y si solo un legatario, segun el modo de hablar de los españoles; con todo, sino fuese instituido otro heredero, entónces aquél se entenderia heredero universal, l. 1. §. 4. D. *de hæred. instit.*, y l. 14. de este tít. de Part.

(40) Pues la palabra *habeat* y la palabra *relinquo* añadidas á la universalidad de bienes, forman institucion, segun esta ley, el cap. *Raynutius*, *de testam.*, y lo anotado por Abb. y Bart. en la l. 45. col. últ. D. *de vulg. et pupil.*; véase latamente Guillelm. Benedict. en d. cap. *Raynutius* sobre la palabra *reliquit*, y añád. Glos. y Bart. en d. l. 48. princ., y Alex. consil. 70 vol. 2, y consil. 105 vol. 4 col. 2 y peu.

(41) Añád. l. 2 tít. 12 de esta Part., y véase lo que allí digo.—*Parécenos que despues de las leyes de Toro ha debido considerarse válida la institucion en codicilos mayormente otorgándose abiertos, pues que en ningun punto esencial se distinguen del testamento de la misma clase. Por las leyes romanas y las de Partida el testamento y el codicilo se distinguen esencialmente, por lo que mira á las solemnidades internas, ya que el primero requeria para su validez la disposicion universal, y por consecuencia la institucion de heredero; y se diferenciaban en las solemnidades esternas: pero una vez declarada innecesaria la institucion de heredero para la validez del testamento, y prescrito que fuese igual el número de testigos en los testamentos y en los codicilos abiertos, tenemos que el codicilo abierto no podrá distinguirse del testamen-

despues desto fiziesse cobdicilo, en que señalasse alguno por su heredero, o lo nombrasse tan solamente, valdria. E esto es, porque en el testamento acabado dixo, que lo faria assi. E porende, maguer la persona del heredero sea nombrada, o escrita en el cobdicilo, nol empesce (43).

LEY 9. *Quando el heredero, que es señalado en el testamento, que aya en los bienes del testador la parte que le señalaren en el cobdicilo, si non fuer y puesta, si aura los bienes del finado.*

Dubda podria acaescer, si el fazedor del testamento dixesse assi: Yo fago a fulano mio heredero, en aquella parte que escriuiere en mi cobdicilo; si acaesciesse, que quando lo mandasse fazer, non escriuiesse (44) en el, nin señalasse parte ninguna, para aquel heredero que nombrare en el testamento; si este ha demanda despues en los bienes del testador. E por toller esta dubda, dezimos, que maguer despues non escriua la parte sobredicha en el cobdicilo, que este atal sera heredero en todos los bienes del testador, en aquellos que el non mandasse dar a otri. E si fuessen dos omes, aquellos a quien establesciesse por sus herederos en esta manera sobredicha, heredsran estos atales los bienes del fazedor del testamento egualmente (45). Pero si escriuiesse en el cobdicilo el testador alguna parte señalada, sera heredero en ella, aquel, o aquellos, a quien la señalara, e non en mas.

LEY 10. *Como el testador deue dezir, o escreuir paladinamente, el nome, e sobrenome, del que faze su heredero, o las señales que en el auia, de guisa que non pueda acaescer dubda.*

Dos amigos (46) auiendo el testador que ouiessen vn mismo nome, si quisiesse establescer alguno dellos por heredero suyo, de tal manera deue nombrar, e señalar, aquel a quien quiere dexar lo suyo, por su nome, o de su padre, o por otras señales, que pueda ser sabido ciertamente, quien es aquel que dexa por su heredero. Ca, si de otra guisa lo fiziesse, tal establescimiento como este non valdria (47); e aurian los bienes del testador los parientes mas propincos, bien assi como si muriesse sin testamento. Pero dezimos, que por tales señales deue nombrar el heredero, que non sea deshonrrado (48), nin mal enfamado. Ca si dixesse el testador: Dexo por mio heredero a fulano, que judgo el Rey por traydor; o, que es herege; o dixiesse del otro gran mal, señaladamente, por que el otro fuesse deshonrrado, o mal enfamado, non valdria tal establescimiento de heredero. Mas si el testador dixesse generalmente (49), mal diziendo, assi: Establesco por mio heredero a fulano, maguer que se que es malo; e non dixesse señaladamente, aquella maldad de qual yerro descendiera, valdria el establescimiento. Esso mismo seria, si dixesse: Sea mio heredero aquel maldito mio fijo, maguer non me fizo nunca seruicio, por que lo meresciesse. Otrosi dezimos, que si el testador dixesse assi: establezco por mi heredero el vno de mis hermanos, (nombrandolos) aquel que casare (50) con fulana muger: que el que casasse con ella, seria heredero del testador.

to de la misma clase, á no ser por medio del nombre.

(42) Añád. l. últ. tit. 11. de esta Part. y lo que allí dije.

(43) Añád. l. 10. D. *de condit. instit.*

(44) Añád. l. 36 D. *de hæred. instit.* y l. pen. C. *de institut. et subtitut.*

(45) De consiguiente, si los testigos suficientes en número para el testamento, dicen haber visto que alguno instituyó dos ó tres herederos, espresando sin embargo no recordar por que partes lo fué cada uno, bastará esto; y serán herederos por partes iguales, segun Bald. en la cit. l. 36. D. *de hæred. instit.*

(46) Trae su orígen de lo anotado por Az. en la Suma C. *de hæred. instit.* col. 2 vers. *in institutione facienda*, y v. l. 62 §. 1. D. d. tít., y entiéndase cuando ambos eran igualmente amigos del testador; pues si uno hubiese sido mas querido de este, entónces él solo se presumiria instituido, segun lo que se lee en la l. 8. §. 3. D. *de legat.* 2, y lo sostiene Juan de Imol. en d. §. 1.

(47) Por no saberse quien era el instituido: pues en la esencia bien vale la institucion, segun Ang. y Juan de Imol. en el cit. §. 1; en un caso análogo se dice que falta la prueba, mas no el derecho, l. 30. D. *de testam. tutel.*, y l. 8. §. 3. D. *de legat.* 2, y lo mismo debe decirse de la sentencia, citacion ó bando, segun Ang. en d. §. 1. de la cit. l. 62. D. *de hæred. instit.*, y allí tambien Bald., y v. Glos. en la l. 79. D. *de judic.*

(48) Añád. l. 9. §. 8. D. *de hæred. instit.*, y l. 54. princ. D. *de legat.* 1.

(49) Añád. l. 48. §. 1. D. *de hæred. instit.*, y lo que se lee en la cit. l. 54.

(50) Añád. d. l. 9. §. 8. D. *de hæred. instit.*

LEY 11. *Como el testador deue nombrar por si mismo a aquel que establescio por heredero, e non ponerlo en aluedrio de otri.*

Declarar deue, e nombrar el fazedor del testamento por si mismo, el nome de aquel que establesciesse por heredero. Ca, si el otorgasse poder a otro, que lo establesciesse en su lugar non valdria; maguer dixesseassi: Aquel sea mio heredero, que fulano quisiere (51), o establesciere por mio que lo sea. Esto es, porqué el establescimiento del heredero, e de las mandas, non deue ser puesto en aluedrio de otro (52). Pero si algu-

(51) Lo mismo será, si dice, propusiere, ó considerare, ú otras palabras que importan el arbitrio de buen varon; si bien seria otra cosa en cuanto á los legados, l. 11. §. 7. D. *de legat.* 3.

(52) Pues no vale la institucion que se deja al arbitrio de otro; por ser captatoria, y por consiguiente reprobada, ll. 70, 71 y 32. D. *de hœred. instit.*, l. 11. C. *de testam. milit.*, y l. 29. tít. 9. de esta Part.; y se llama captatoria, no cuando únicamente lo acidental de la disposicion ó tan-solo la declaracion depende de otro, sino aquella cuya esencia y existencia está puesta en la voluntad de otro, segun la l. 7. §. 1. D *de reb. dub.*, l. 43. D. *de legal.* 3, y lo nota Bald. en la l. 1. col. pen. C. *de sacros. eccles.*, 1. lect. Entiéndase lo dicho, del caso que espresamente se encomienda á la voluntad de otro; mas no si tácita ó encubiertamente, como si el testador dijese: instituyo heredero á Ticio, si Seyo subiese al Capitolio; pues entónces vale, d. l. 68. D. *de hœred. instit.*, puesto que lo tácito no perjudica, l. 195 D. *de regul. jur.* y l. 52. D. *de condit. et demonst.* Además, esceptuese el legado de la libertad, el cual no se vicia por tener la disposicion el carácter de captatoria, l. 46. D. *de fideicom. libert.*: esto no ofrece dificultad cuando la libertad se hace depender de la voluntad de un tercero; y entonces la disposicion será condicional, resultando sin efecto si el tercero dijese que no queria, como manifiesta d. l., y lo declara Juan de Imol. en la cit. l. 70. col. 2. D. *de hœred. instit.* Tampoco habrá dificultad, cuando la disposicion se haga depender de la voluntad del legatario, no observándose en este punto cosa especial en el legado de la libertad, segun se espresa en d. l.; empero cuando esta se deja á la voluntad del heredero, hay la mayor variedad entre los DD. acerca la inteligencia de la cit. l., pues en el principio de la misma, por medio de palabras bastante manifiestas, pretende el Jurisconsulto que se sostiene tal disposicion en favor de la libertad: mas abajo empero, en el vers. *quod si ita*, de un modo tambien bastante manifiesto opina lo contrario. Por lo que los DD. interpretaron allí de diferente modo la cit. l.; pues la Glos. entiende que el principio queda corregido por medio de vers. *quod si ita*, ó bien que la cuestion propuesta se decide en d. vers. contra lo que parece estar abiertamente d. l., pues ella resuelve al principio, la cuestion propuesta y por lo mismo no se verifica por medio del espresado vers., ni es de presumir que luego se hubiese corregido el Jurisconsulto: sin embargo parece que la mayoria de los DD. sostiene la interpretacion de la Glos., segun manifiestan Alex. y Jas. en d. l. 11. C. *de testam. milit.*: empero la letra de la cit. l. se opone y repugna en gran manera; por lo que pueden verse otras interpretaciones acerca de la misma, que refieren allí Alex. y Jas. A mi me satisface la interpretacion de Andr. de Pisis en d. l. 11, referida por Bald. allí, con la cual parece conformarse el mismo, y tambien Salic: cuya interpretacion sostuvieron tambien Jacob. de Aren. y Ang. en la cit. l. 46. D. *de fideicom. libert.*, á saber, que á tenor del principio de la l. cit. se deberá la libertad legada, bajo la condicion si quisiere el heredero, sin que se entienda la disposicion captatoria, y esto en gracia de la libertad; esceptuando, en vista de d. vers. *quod si ita*, el caso en que de otras palabras adjuntas resultare haberse referido el testador á la libre voluntad del heredero, por ej. si añadió, si le pareciere bien, ó si dijo, si no quisiere, no se dé la libertad; pues entónces esta no se deberá: y de consiguiente, si bien en los otros legados la palabra *si voluerit* se entiende de la libre voluntad, l. 24. princ. D. *de legat.* 2; con todo en el legado de la libertad la palabra *si voluerit hœres*, significa, *si debiere querer*, cual si hubiese usado de palabras que importan el arbitrio de buen varon: esta interpretacion está muy conforme con d. l., y así opinaba yo, antes de haber visto á los cit. DD.: por mas que Juan de Imol. en d. l. 32. D. *de hœred. instit.*, diga que esta interpretacion es arriesgada, y que la reprueba tambien Alex. siguiendo á Benedic. de Plumbino, citado por el mismo en d. l. 11. C. *de testam.* En segundo lugar, de la regla general sentada al principio deberá esceptuarse la disposicion á favor de causas pias, lo acerca de cual v. Alex. y Jas. en d. l. 11: tal vez en este punto deberán aplicárseles las disposiciones que rigen sobre el legado de la libertad, á tenor de la interpretacion de Andr. de Pisis, que sostuve: pues no se halla, ni por derecho civil, ni canónico, cosa alguna que mueva á decir lo contrario: debemos por consiguiente atenernos á la regla que prescriben las ll. de derecho comun, y estas ll. de Part. A esta opinion, se inclina mucho Juan de Imol. en la cit. l. 70. D. *de hœred. instit.* En tercer lugar, esceptuese el caso en que el testador hubiese dado facultad á alguno para

no rogasse al testador, que fiziesse su heredero a otro, nombrandolo, si el que fizo el testamento

hacer testamento por él: pues entónces el comisario podrá otorgarlo, observando la disposicion de la l. 32 de Toro, cuya ley es muy digna de notarse, y quita muchas dudas que se originaban del derecho comun: pues atendido este, parecia que el testador no podia comisionar á otro para el testamento, pues cada cual debe testar segun su intencion; y no segun la agena, d. l. 32, y lo nota Bald. en la l. 8. col. 1. C. *de execut. rei jud.* Pero hoy se ofrece una duda importante acerca de d. l., á saber, si procederá su disposicion, cuando el testador usa de palabras que inducen, no el arbitrio de buen varon, sino la libre voluntad, como si dijese, encomiendo mi última voluntad á la de Ticio; parece que no; puesto que estas ll. de Part., y otras ll. del derecho comun reprueban semejante disposicion como captatoria: y así opina Bart. en la repet. á d. l. 1. C. *de sacros. eccles.*, chart. pen., donde sienta que esta disposicion no valdrá, cuando no se hubiese espresado, que semejante poder tenia por objeto alguna causa pia. Empero el Card. Floren. en el cap. *cum tibi*, *de testam.*, parece pretender lo contrario, esto es, que en tal caso procederá tambien d. cap. *cum tibi*; y de consiguiente se entenderá que el comisario es instituido, y gravado con la restitucion á favor de causas pias: cuya decision espresa Juan de Imol. en la cit. l. 70. D. *de hæred. instit.*, deberse tener muy presente: empero añade que ella no resulta de d. cap. *cum tibi*, pues no habla del caso en que alguno cometiese á un estraño su disposicion última por medio de palabras que inducen un libre arbitrio, sino del que hizo comision á otro para que hiciera la disposicion, es decir, usando de palabras que importan el arbitrio de buen varon: de donde infiere, que parece estar mas conforme á derecho la opinion de Bart., cuando no se espresó que la facultad se daba á favor de causas pias. Empero en vista de las palabras generales de d. l. de Toro, parece que será válida la disposicion, aunque el testador esprese que encomienda á la voluntad del comisario la ordenacion de su testamento; hay otra razon y es que, en la intencion del testador, el comisario lo es únicamente para disponer á favor de causas piadosas, intencion que se presume haberla manifestado al dar semejante facultad, segun la doctrina de Bart.: á mas de que, como llevo dicho tocante á la libertad y á las causas piadosas, la palabra *quisiere* no debe entenderse de una voluntad absoluta, á no ser que así se infiera del contesto de la cláusula. Otras limitaciones y dichos notables sobre esta materia pueden verse en Juan de Imol. á la l. 31. D. *de hæred. instit.* y á la l. 11. C. *de testam.*, en Alex. y Jason á d. l. 11., y en Rodrigo Suarez, tratado *de voluntate captatoria*, á continuacion de la *lectura* sobre algunas leyes del Fuero. De lo dicho se sigue, que no valdria el mayorazgo dispuesto por el padre, bajo condicion, si la madre lo dispusiere de sus bienes á favor del hijo comun, ll. 2 y 71. D. *de hæred. instit.*: y aun cuando el padre tuviese autorizacion real para fundar el mayorazgo con toda suerte de condiciones y gravámenes, pues que debe entenderse de los no reprobados por derecho: si la condicion es de pasado, esto es, *si la madre lo ordenó*, valdrá, segun las citr. ll. Empero, ¿si la madre llamó al hijo segundo ó tercero y á sus descendientes, y en defecto de estos al primogénito? parece que tambien se entenderá cumplida la condicion, arg. l. 20. §. últ. D. *de cond. instit.*, allí: *aliquo gradu*, y en d. l. Bart.: con todo parece oponerse la intencion del testador: medítese este punto.—*Véamos hasta que punto las leyes de Toro permiten cometer la institucion de heredero y demás disposiciones testamentarias á una tercera persona. Autorizan estas leyes el que se encargue á un tercero la ordenacion de la última voluntad; la persona que ha recibido ese encargo ó facultad se llama comisario.—Si el testador dió simplemente facultad para testar, el comisario no podrá instituir heredero, desheradar, mejorar ni disponer substitucion de especie alguna, ni nombrar tutores: lo único que en semejante caso puede hacer es pagar las deudas y cargos de servicio del testador, y mandar distribuir para el alma del mismo el quinto de lo que quedare; el remanente se repartirá entre los herederos abintestato, y no habiendo tales herederos, despues de dejar á la muger del testador lo que le corresponde por las leyes del reino, empleará lo restante en causas pias y provechosas para el que le dió el poder, ll. 1 y 2. tít. 19. lib. 10. Nov. Recop. (ll. 31 y 32. de Toro) Adviértase que por la l. de 16 de Mayo de 1835, la muger es llamada á la sucesion intestada del marido despues de las colaterales en cuarto grado y antes que los del quinto, de consiguiente en el caso de que se trata será llamada á los cuatro quintos de la herencia de su marido.—Para que el comisario pueda nombrar heredero es indispensable que el testador le haya dado poder especial espresando la persona; y poder especial tambien necesita para cada una de las demás cosas que hemos dicho no venian comprendidas en el general de testar, l. 1. cit.; y entendemos que el poder para sustituir deberá tambien espresar la persona, al igual que el que se otorga para instituir.—Cuando el testador, despues de haber nombrado heredero, dió poder á alguna persona para que acabara el testamento, esta persona, no puede mandar mas

quiere caber su ruego (53), e lo establesciere por su heredero, valdra. Otrosi dezimos, que si el fazedor del testamento dixesse a algun Escriuano de Concejo (54): Ruegote, e mandote, que escriuas, como establezco por mio heredero a fulano; e que mando tantos marauedis, o tantas cosas, o tanto heredamiento, que sea dado por mi anima (diziendo a que personas lo manda dar, o cuanto a cada vno, ante siete testigos), e mandote, que vayas a algun ome sabio (55), e en la manera quel (c) ordenare que sea fecho mio testamento, e departidas mis mandas, que lo escriuas tu assi; porque tengo por bien, que vala como lo el ordenare. Estonce, bien valdria lo que assi fuesse fecho (56) por mandado del testador.

(c) ordenare segunt derecho que sea fecho Acad.

que la quinta parte de los bienes, despues de satisfechas las deudas y cargas, á no ser que el testador le hubiese dado facultad para mas, l. 6. tít. cit. (l. 37. de Toro) — El comisario, en virtud del poder que tuviere para hacer testamento, no puede revocar en todo, ni en parte el que antes hubiese hecho su comitente, si este no le dió especialmente semejante facultad, l. 4. tít. cit. (l. 34 de Toro) — Una vez haya hecho el testamento el comisario habrá consumido su poder, de consiguiente no pueda revocar dicho testamento, ni dictar codicilos, ni hacer declaracion alguna, aunque se hubiese reservado esta facultad, l. 5. tít. cit. (l. 35 de Toro) — En el poder que se diere al comisario deben intervenir las mismas formalidades que en los testamentos, l. 8. tít. cit. — Siendo dos ó mas los comisarios y faltando alguno de ellos, ó no queriendo usar del poder, este se refunde en los demás: si discordaren, cumpliráse lo que acuerde la mayor parte, y en caso de empate decidirá el juez del lugar que fué domicilio del testador. l. 7. tít. cit. — El comisario podrá usar del poder dentro de cuatro meses, si se hallase en el mismo lugar en que se otorgó; dentro de seis, si fuera de él, pero en el reino, y por el término de un año, si se hallase en el estrangero, l. 3. tít. cit.: transcurrido el plazo, el poder caduca, y se entienden ordenadas las disposiciones para las cuales el poder era especial y determinado, l. cit.

(53) Añád. l. 70. D. *de hæred. instit.* y l. 27. tít. 1. de esta Part.

(54) Téngase presente esta ley, la que prueba que el escribano que interviene en el testamento debe ser de número ó de concejo, lo que hoy dia se halla mas plenamente dispuesto por la l. 4. tít. 18. lib. 2 del Orden. Real. Nótese tambien que en falta de escribano de número, podria el testamento recibirse por otro, arg. l. últ. vers. *eo scilicet observando*, C. *de re milit.* y allí Juan de Plat.

(55) No es preciso pues que se nombre, y téngase presente, pues que algunos dijeron lo contrario, como refiere Alber. en la auth. *novissima* C. *de inoff. testam.* col. 5.

(56) Aprueba la opinion de la Glos. en la l. 32. D. *de hæred. instit.*; empero, atendidas las palabras de nuestra ley, parece que no queda resuelta aquella cuestion antigua, á saber si semejante jurisconsulto podrá añadir á la disposicion de cierta cosa ó cantidad, que se entienda á título de institucion de heredero; ó bien la cláusula aquella, *no obstante cualquier otro testamento en que se encuentren tales ó cualesquiera palabras derogatorias*, caso que hubiese precedido un testamento con cláusula de esta naturaleza. Tampoco decide nuestra ley si á la manda hecha á un espurio, podrá dicho jurisconsulto añadir, *cuando fuere capaz*, ó bien, *entiéndase por via de alimentos*. En punto á lo primero, Jacobo de Aren. sostuvo la afirmativa; empero Bart. en d. l. 32., despues de haber aducido varias razones en pro y en contra, se decide por la negativa, siguiendo á Ricardo de Malumb. que trató esta cuestion, y cuyas palabras refiere Alber. en d. auth. *novissima* C. *de inoff. testam.* col. 2., 3. y 4.: viene al parecer en apoyo de la opinion de Bart. esta l. de Part., cuando dispone espresamente que el heredero debe hallarse instituido y nombrado por el testador. Juan Aud. en las adic. al *Specul.* tít. *de instrum. edit.* §. *postremo*, *alias incipit instrumentum*, dice que en la práctica se sigue la afirmativa; además, segun él, aquello es mas bien declaracion que adicion; y por fin, dice, esta opinion se apoya en la equidad: inclinase á ella por esta causa Juan de Imol. en d. l. 32., col. 4. y 5., diciendo que lo mismo opina Bald., y contesta allí á los argumentos aducidos por Bart. Sin embargo confiesa que es punto dudoso, tanto atendida la antoridad de los doctores que la sostienen ó combaten, como la diversidad de razones que se alegan. Pláceme esta opinion; y á esta l. de Partida puede contestarse cual contesta Imola á la l. 29. C. *de testam.*, á saber, que habla de la institucion universal, la que debe hacerse espresamente por el mismo testador; al paso que nosotros hablamos de la institucion en cosa particular, la que se reputa legado, escepto por lo que mira á la *queja de inoficioso* cuando hay otro heredero llamado á la universalidad de los bienes, l. 9. D. *de hæred. instit.* y la Glos. en la l. 20 D. *ad Trebell*: así pues, no repugna el que pueda dejarse al arbitrio de una tercera persona entendida en la materia, la declaracion de semejante título, arg. l. D. de leg. 2.; así como, si el testador

LEY 12. *Como non vale el establescimiento del heredero, quando es fecho por yerro.*

Errando el testador en la persona de aquel a quien establescio por su heredero, cuydando establescer a vno, e stablesciesse a otro; tal establescimiento non valdra, porque erro en el. E esto seria, como si alguno quisiesse fazer su heredero a otro ome, que ouiesse seydo su señor, e estouiesse otro ante el, que non fuesse aquel su señor, mas otro que le semejasse; e cuydando el testador, que lo era, dixesse assi: Este que fue mio señor, e me aforro, e esta ante mi, establezco por mio heredero. Ca estonce, non seria heredero aquel su señor, a quien cuydaua establescer (57), porque non fue nombrado, nin escrito en el testamento. Nin lo seria otrosi el otro, maguer era presente quandolo establescio, porque el testador erro en la persona del, cuydando que era su señor. Esso mismo seria en las cosas que el testador mandasse, cuydando mandar a vno vna cosa, e errasse mandandola a otro, assi como sobredicho es.

LEY 13. *Como vale el establescimiento del heredero, maguer el testador non lo nombre, pues que es cierto de la persona del.*

Amistad muy grande han los omes vnos con otros, de manera, que se aman bien assi como si fuessen hermanos, e dexa el vno al otro lo suyo, diziendo assi a sabiendas: Este mi hermano establezco por mi heredero; tal establescimiento como este, dezimos, que deue valer (58), maguer non fuesse su hermano; e non deue ser contado por yerro, aquella palabra que dixo, hermano: porque deue ome sospechar, que se lo dixo por razon del gran amor (59) que auia con el, pues quel dexaua todo lo suyo. Otrosi dezimos, que seyendo cierto el fazedor del testamento,

hubiese dejado todos sus bienes á Ticio, podria aquel añadir, que se entendiera á título de institucion, l. 48. D. *de hæred. instit.* y allí la Glos. y Bart., y la Glos. en la Nov. 1. cap. 1. §. 2. vers. *si vero nulla*; y esta opinion debe acogerse en caso de duda, puesto que es favorable á la validez del testamento, l. 10. princ. D. *de inoff. testam.* y cap. últ. *de re judic.* Lo mismo opino respecto de la cláusula derogatoria, pues que la intencion del testador es que se añada todo aquello cuya falta podria invalidar el testamento; y á esta opinion se inclina Juan de Imol. en d. l. 32. col. 6., si bien Bart. allí sostiene la contraria; lo que dice, seria mas claro si la cláusula con que se refiere el testador al dictámen del jurisconsulto estuviese concebida en los términos que allí indica la Glos., á saber, *quiero instituirte en la forma que dictare tal jurisconsulto, á fin de que mi disposicion sea mas firme y valedera*. En cuanto á que en el legado hecho al espurio pueda añadir dicha persona, ya que se entienda á título de alimentos, ya para cuando fuere capaz, decide afirmativamente Imol. en d. l. 32., decision á la que nos conformamos por las razones indicadas respecto de la cláusula derogatoria. Viene en apoyo de lo dicho la decision notable de Bald. en la l. 11. C. *de milit. testam.*, 5. *opposit.*, donde dice, que si lo añadido por el jurisperito, es sobre punto enteramente omitido por el testador, será nulo, porque de la nada, no pudo hacer aquel cosa alguna; al paso que si no hizo mas que completar lo que se halla espreso, entónces valdrá, comoque se reduce á poner en claro ó á perfeccionar la disposicion contenida en el testamento, l. 7. §. 7. D. *de acquir. rer. dom.*: de ahi es que, segun el mismo D., si consta que el testador quiso á toda costa que los legados subsistieran, podrá el jurisperito añadir la cláusula codicilar; *nesciunt enim rudes aptum proferre sermonem*, l. últ. C. *de testam.*, *et ideo indigent ope interpretum sapientum.* Sobre esta materia véanse Bart. y los DD. en d. l. 32., Abb. en el cap. *clericus*, *de jurejur.*, Jasson en la l. 1. §. 2. D. *de verb. oblig.* col. 1.; véanse otras citas en Alex. á las ll. 121. y 99. D. d. tít., lo que nota Bart. en la l. 22. §. 5. vers. *eadem*, D. *ad leg. Cornel. de fals.* y Juan de Plat. en la l. 3. C. *de omni agro deser.*

(57) Añád. l. 9. D. *de hæred. instit.*, donde la Glos. de aducelo Jacob y Esaú, véanse Bald. é Imol. en d. l., y añád. ll. 4. y 7. C. d. tít., l. 14. C. *de fideicom.* y Roman. consil. 327. al fin. —* En el mismo argumento de que se vale aquí la l. de Part. podria fundarse la nulidad de la institucion, cuando el testador yerra en el nombre del heredero; en efecto, podia decirse entónces que ni el heredero nombrado, ni el sugeto que el testador pensó instituir pueden reclamar la herencia; el primero, porque seria contra la intencion del testador, y el segundo, porque á este no le nombró: esta consecuencia será inevitable, á no ser que concretemos la ley al caso que el error acerca de la persona sea causa de que absolutamente no pueda determinarse cual sea el heredero que quiso instituir el testador; y en este sentido tal vez deberian tomarse las leyes romanas que hablan en términos parecidos á los de esta de Part.

(58) Concuerda con la l. 58. §. 1. D. *de hæred. instit.*

(59) No existiendo ese grande amor, se presumirá en caso de duda que el testador se equi-

qual es aquel que establesce por su heredero, o a quien manda algo en el testamento, maguer errasse en el nome (60), o el sobrenome del, valdria lo que assi ordenasse, o mandasse. Ca por tal yerro como este (61) non se tuelle la verdad, pues que cierto es de la persona de aquel, a quien faze la manda, o dexa por su heredero.

LEY 14. *Si alguno fuesse establescido por heredero de alguna partida de los bienes del testador, e non dexa otro heredero en lo al, como lo puede heredar todo.*

En vna cosa señalada, assi como en viña, o en otra cosa qualquier, establesciendo vn ome a otro por su heredero; si en este mismo testamento, o en otro (62) que fiziesse despues el testador, non fallassen, que el ouiesse otro (63) establescido por su heredero; este atal deue auer

vocó, creyéndolo hermano, segun una glos. notable en d. l. 58. §. 1.; presúmese, pues, que uno cree aquello que espresa, como dice Imol. y lo prueba la l. 7. D. *de supellect. legat.*; empero, si se probare que el testador sabia que no era hermano suyo el heredero nombrado, entónces, aunque no se justificase la amistad ú otra afeccion, la institucion no quedará viciada, pues que no hubo error de parte del testador; lo que se deduce con bastante claridad de esta ley y de d. l. 58. §. 1., donde Juan de Imol. dice que la ciencia del testador en este punto se prueba por pública voz y fama en el vecindario, que el instituido no era su hermano; probado lo cual se presume que el testador lo sabia, segun lo anotado por la Glos. en la l. 5. C. *de peric. tutor.* y Bart. en la l. 18. D. *de acquir. hæred.*; no obstante que la fama pública no esté siempre de acuerdo con la verdad de los hechos, segun Felin. en el cap. *si diligenti*, *de præscript.* col. 3.: á la decision de Imol. añádase lo que dice Juan de Plat. en la l. 2. C. *de fund. et salt. rei domin.* y en las 6. y 1. C. *qui milit. non poss.*, Bald. en la l. 4. C. *de serv. fugit.* col. pen., Decio consil. 154 y 327 al fin y Alex. consil. 65. vol. 3.

(60) Añád. l. 4. C. *de testam.* y el §. 29. Instit *de legat.*: ¿y si el testador espresare el nombre propio y el de la profesion, y se equivocare respecto de uno de los dos? Es notable sobre este punto la l. 28. D. *de reb. dub.*: ¿y si el error recae en el nombre del padre del heredero? v. l. 48. §. últ. D. *de hæred. instit.* y Ang. Aret. en su tratado de los *maleficios* en la parte *Cajum sempronii* col. pen., y Bart. en la l. 17. D. *de condit. et demonst.*

(61) En cuanto al error que recae sobre el reino ó provincia, véanse las ll. 48. §. últ. D. *de hæred. instit.* y v. 35. §. 2. D. *de leg.* 3., y cap. *significante*, *de rescript.* y allí latamente Felino: ¿y si el error estuviese en el apellido? v. l. 9. princ. D. *de hæred. instit.* y allí Ang. y Juan de Imol. y l. 4. D. *de leg.* 1.

(62) En este caso el primer testamento queda invalidado por el posterior, v. l. 21. tít. 1. de esta Part.

(63) Lo que dispone la l. 13. C. *de hæred. instit.* y mas abajo esta ley de Part. tendrá lugar cuando hubiere uno instituido en alicosa determinada y otro en el todo ó en parte cota de la herencia; entónces el primero se reputa legatario, si el otro admite: de ahí es que si uno recibe un predio en enfiteusis para sí y sus herederos, bajo este nombre vendrá el heredero universal, y no el que lo fuere en cosa determinada, si se le hubiese dado coheredero, segun Bald. en la l. 9. §. 1. *de edendo*, alegando lo anotado por el Specul. tít. *de testam.* §. 1. vers. últ., el mismo Bald. en la l. 10. C. *de oper. libert.* col. 7. Ang. en la l. 29. D. *de liber. et posthum.* y Salic. en la l. 2. C. *de jur emphit.* cuest. 20.: indudablemente procederá lo dicho, segun Ang. consil. 191, cuando en la constitucion del enfiteusis se hubiesen referido las partes á los herederos universales; Juan de Imol. en el cap. *potuit*, *de locato*, vers. *septimo tangit.* Otra cosa tal vez deberia decirse en la sucesion al feudo, atendido que en materia de feudos la palabra *herederos* se refiere á los hijos varones; y si bien se requiere que el hijo sea heredero, á tenor del cap. 1. *an agnatus vel filius*, con todo el instituido en cosa determinada concurriria con su hermano nombrado heredero universal, segun Bald. en el cap. 1. princ. *de success. feudi*, col. últ. Dice tambien Bald. en d. l. 10. col. 8. al fin, que en este punto hay diferencia entre el enfiteusis que proviene de contrato y el que dimana de última voluntad: en el primer caso, no pasa activa ni pasivamente el derecho enfitéutico al instituido en cosa determinada, pues que no sucede en la obligacion de pagar el cánon; al paso que si deriva de última voluntad, la interpretacion es lata, llamándose en partes iguales al instituido en dicha forma, y al heredero universal; véase el Specul. lug. cit. de donde sacó Bald. esta distincion; véase allí mismo el caso en que el enfiteusis sea otorgado por la iglesia; véase tambien Juan de Imol. en la l. 35. D. *de hæred. instit.* Empero adviértase que repudiado el heredero universal, su porcion acrecerá al instituido en cosa determinada, en términos que si este fallece antes que el primero haya repudiando la herencia, transmitirá el derecho de acrecer á su sucesor, segun Alex. consil. 58. vol. 3; entiéndase si fallece, despues de haber admitido su parte, segun el

todos los bienes (64) del testador, maguer fuese establescido en vna cosa señalada tan solamen-

mismo Alex., y Bart. en la l. 35. D. *de hæred. instit.*

(64) Concuerda con la l. 1. §. 4. D. *de hæred. instit.* y con la l. 9. §. 13. d. tít., donde Bart. esceptua el caso en que el testador hubiese prohibido que el heredero de cosa determinada percibiese parte alguna de sus bienes, fuera de dicha cosa: entónces, segun él, será nula la institucion; y si no aparece á favor de que persona se hizo la prohibicion, se aplicarán los bienes á los sucesores *ab intestato*, entendiéndose la prohibicion á favor de los mismos. Al contrario Dyno sostuvo que á pesar de prohibicion dicha, será llamado á la totalidad de los bienes el instituido en cosa determinada. Fueron en este punto varias las opiniones, las que aduce Juan de Imol. así en la *lectura* como en la *repeticion* á d. l. 1. § 4., donde despues de haber empleado seis colunas en tratar esta cuestion se decide por el parecer de Dyno, y contesta á los argumentos de Bart. y otros: con Imol. conviene Alex. en la l. 13. C. *de hæred. instit.* Ciertamente es muy dudosa esta cuestion, la que vi agitada en un caso particular muy arduo: la opinion de Dyno es para mi muy plausible, pero con cierto temperamento que se colige de las palabras de Salic. en d. l. 13. cuest. 6. y 7., á saber, que el heredero de que se trata deba restituir la herencia á los herederos legítimos, á favor de los cuales aquella probicion se presume, reteniendo en vez de cuarta Trebeliánica, la cosa en que fué instituido. Juan de Imol. lug. cit. no admite esta restriccion, de Salic., fundado en que si bien se presenta justa á primera vista, parece hallarse en oposicion con el caso de la l. 74. D. *de hæred. instit.*, la que, segun Salic., decide que el instituido en cosa determinada retendrá la totalidad de los bienes, restituyendo dicha cosa á los sucesores legítimos: empero, lo contrario parece probar d. l. junto con la glos.; en efecto, se dice allí que semejante heredero se considerará instituido sin restriccion; ahora bien, á habersele instituido de esta suerte se le adjudicaría el todo sin gravámen de restitucion; luego, segun Imol., partiendo de la interpretacion de Salic., nada debiera restituir el heredero de que se trata. Se apoya tambien Imol. en que lo tácito tiene igual fuerza que lo espreso, l. 3. D. *si cert. pet.* y otras semejantes: así como sucede el heredero al todo de la herencia cuando tácitamente se le prohibió recibir mas que cierta cosa, instituyéndole en ella sin darle coheredero; deberá suceder tambien aunque la prohibicion fuere espresa: añade Imol. no obstar la l. 69. D. *de leg.* 2. que á su favor alega Salic., porque se trata en ella del caso en que hubiese precedido institucion sobre la totalidad, disponiéndose en seguida que el heredero en cosa determinada se limitase á ella por los derechos de legítima; nada hay entónces que se oponga á los principios; empero el caso que nos ocupa es distinto; trátase del que ha testado sobre cierta cosa tan solo, añadiendo la prohibicion indicada, contra el principio que previene que nadie muera parte testado y parte instestado, y contra la l. 7. D. *de reg. jur.*; de ahi es que la prohibicion se tiene por no escrita, y el heredero como simplemente instituido, dd. ll. 1. §. 4. y 74. D. *de hæred. instit.*: aduce tambien lo que dice Salic. en d. l. 13. C. d. tít. cuest. 8., á saber, que si instituyo á Ticio en la mitad y á Seyo en la otra mitad, previniendo á este que por su parte no tome mas que cierto predio, cada uno de los dos se entenderá heredero universal por la mitad, pero Seyo deberá restituir su parte al coheredero, l. 69. D. *de legat.* 2°., sin que obste, segun él, d. l. 13. junto con la Glos., porque habla del caso en que al heredero se le limitó á cosa determinada, sin preceder institucion universal: de lo que arguye Imola que va mucha diferencia entre el heredero instituido en cosa cierta, y aquél á quien despues de instituirsele simplemente se le previene que solo retenga alguna cosa ó cantidad. Sin embargo, yo insisto en la misma opinion, admitiendo la restriccion de Salic., porque es indudable que de semejantes conjeturas puede inducirse un fideicomiso, para el cual basta que de cualquier modo conste la voluntad del testador, l. 64. D. *de leg.* 2., l. 67. §. últ. D. d. tít. y allí Bart., l. 19. D. *de cond. et demonst.* y l. 35. D. *de hæred. instit.*: y á la verdad, que otra cosa puede conjeturarse en vista de la disposicion de que se trata, sino que el testador quiso favorecer á los sucesores legítimos, como en el caso de d. l. 69, cuando no se halla otra persona que pueda suponerse agraciada? ¿Como puede permitirse que el instituido en cosa cierta, con prohibicion de percibir mas, tome todos los bienes contra la espresa prohibicion del testador, cuando puede tomarse un camino por donde, sin chocar con los principios, esa voluntad queda intacta? Hace al caso lo que dice Abb. en el cap. 2., *de testam.* vers. *sed. est dubium*, á saber que el instituido en cosa cierta no podrá en el foro de la conciencia retener toda la herencia, si creyendo el testador que no tendria derecho á los demás bienes semejante heredero, le hubiese instituido en dicha forma. Así pues, siendo dudoso este punto deberemos tomar el partido mas seguro, el que deja tranquila la conciencia, cap. *juvenis*, *de sponsal.*; sin que obste d. l. 74. D. *de hæred. instit.* junto con la Glos. alegada por Imol., pues que el mismo Salic. conviene en que el heredero instituido en cosa ciert^a

sucederá á la totalidad de los bienes, empero con el cargo de restituir los que no puede retener sin contravenir á la disposicion espresa del testador. Hay mucha distancia entre el instituido en cosa cierta sin prevencion alguna, y el que lo es con la de no percibir lo restante: en el primer caso se presume que el testador ha querido lo mismo que la ley, es decir que el heredero recibiese la totalidad de los bienes, Bald. en la l. 8. C. *de impub. et aliis subst.* chart. pen. y arg. l. 38. D. *de acquir. hæred.*: en el segundo, aunque parezca adjudicársele el todo por la ley, debe no obstante restituir el residuo á la persona, á cuyo favor la prohibicion se hizo. La contestacion que da Imol. á la cit. l. 69., no satisface, porque se reduce á distinguir casos, sin dar razon de diferencia, la que no existe; en efecto, debiendo corresponder el todo de la herencia al instituido en cosa determinada, debemos considerarle como instituido en ese todo, y de consiguiente, la prohibicion de retener parte alguna de la herencia escepto la cosa designada, tendrá igual resultado en uno y otro caso. La decision de Salic. aducida por Imola, se refiere á un caso distinto, esto es al supuesto que al instituido en cosa cierta se le hubiese dado un coheredero instituido en la mitad de la herencia, el cual escluye al primero, de suerte que se le considera como mero legatario. Viene en apoyo de lo dicho lo anotado por Bart. en la l. 44. D. *de hæred. instit.*: acerca de otras limitaciones y cosas notables sobre la materia, véase Imol. en d. l. 1. §. 4., D. y en d. l. 13. C. *de hæred. instit.* y los DD. en la misma l. 13. De la disposicion de esta ley de Part. debemos tambien esceptuar el caso en que las palabras prohibitivas indican una tercera persona á favor de la cual la prohibicion se hace: presúmese entónces un fideicomiso, l. 38. §. últ. D. *de leg.* 3. y allí Bart. Con motivo de estas limitaciones, Bald. en la l. 30. princ. C. *de inoff. testam.*, pone la siguiente cuestion; si un hijo es instituido en cosa cierta, nombrándose á un estraño heredero universal en el mismo testamento, y poco despues en codicilos quita el padre á su hijo lo que le dejó, ¿podrá este pretender la nulidad del testamento? Concluye que no, porque no se le considera al hijo como mero legatario, como sucederia si fuese un estraño; lo que, dice, ser digno de notarse. ¿Que diremos de una sustitucion compendiosa sobre cosa determinada? ¿comprenderá el todo de la herencia? V. Bart. en la l. 15. D. *de vulg. et pupill.* col. 12. vers. *quœro ulterius, quid si* y sig., Bald. en la l. 8. C. *de impub. et aliis substit.* col. últ. vers. *item quœritur*, Paul. de Cast. en la l. 11. y en la l. 16. §. últ. D. *ad Trebell.* y Alex. consil. 9. vol. 1. col. pen., donde distingue entre la sustitucion hecha por palabras directas y la que se halla concebida en términos generales. Adviértase, que segun dice Bald. en la l. 9. C. *de impub. et aliis subst.*, col. 12., esta l. de Part. y la cit. l. 1. §. 4. D. *de hœred. instit.* se aplicarán al caso que la institucion en cosa cierta se ordenare con palabras directas, llamadas civiles en las ll. 7. y 41. §. 2. D. *de vulg. et pupill.*, tales como *instituyo, sea mi heredero*; pero no cuando la locucion es oblicua; entónces no se estiende á la totalidad de los bienes, d. l. 16. §. 2. y allí Juan de Imol. y Paul. de Cast. Si el heredero fuese llamado á una parte de la herencia, como la tercera ó cuarta, se le adjudicará el todo, Glos., Bart. y los DD. en d. l. 41. §. últ. y Ang. é Imol. en d. l. 1. §. 4. Adviértase, que tendrá aplicacion esta l. de Part. aunque la cosa en que es instituido el heredero, sea un predio ageno, pues que se considera instituido en la estimacion, la que debe pagarse de los bienes del testador, l. 61. D. *ad leg. Falcid.* y Bald. en d. l. 9. col. 12. al fin. Por lo que mira á si se considerará como legatario el heredero que en fuerza de transaccion retiene alguna cosa de la herencia restituyendo lo restante; véase la Glos. en la l. 14. D. *de transac.*, glos. magistral. ¿El qué adquiere en virtud de estipulacion subrogada en lugar de un título universal, se considera como legatario? Opino que no: v. Bald. en la l. 22. D. *de adopt.* 1. lect. col. pen. En cuanto á si se deberán los frutos desde la mora al que sea considerado como legatario, véase Paul. de Cast. en la l. 23. D. *de leg.* 1. Otra cuestion: el instituido en parte de los bienes, habiendo otros con el carácter de herederos universales, ¿se reputará legatorio cual si fuese instituido en cosa determinada? V. Bart. en la l. 8. §. últ. vers. *sed quœro aliquis.* D. *de legat.* 2. Nótese tambien que el que no tiene el derecho de acrecer entre los herederos se considera mero legatario. Bald. en d. l. 22. col. 3. al fin. ¿Qué diremos de aquel á quien se deja el usufruto de todos los bienes, ó se le legan todos las cosas hereditarias? será heredero ó legatario? V. Bart. en la l. 43. D. *de usufr. leg.* Por último, si alguno es instituido en cosa cierta en un segundo testamento otorgado con el ánimo de revocar el anterior, ¿deberá restituir lo restante á los herederos instituidos en este testamento? V. Paul. de Cast. en la l. 29. D. *ad Trebell.* —* Por derecho romano nadie podia morir en parte testado y en parte intestado; de aquí se seguia que instituido un heredero en cosa cierta, y siendo heredero único, debia considerarse como simplemente nombrado, y de consiguiente sucesor universal, so pena de ser nulo el testamento; seguiase tambien que instituido el heredero para tal dia ó hasta cierto dia, era menester prescindir de esta circunstancia, considerando como pura la institucion. Nuestras leyes de Partida admitieron el mismo principio, y de él dedugeron

te. Pero las mandas (65) del testamento deuelas cumplir, assi como las fallaren y escritas. E si por ventura, el testador fiziesse despues (66) otro heredero (67), estonce aquel que diximos de suso, que era establescido en la cosa señalada, deue auer essa tan solamente; e todos los otros bienes deuen fincar al otro, que fue despues establescido. Otrosi dezimos, que si dos omes fuessen establescidos por herederos en vn testamento, el vno en vna cosa, e el otro en otra señalada; si el fazedor del testamento non departiesse, nin mandasse dar a otro, los bienes que ouiessen, estos amos los deuen auer todos egualmente (68): e cada uno dellos deue auer ante aquella cosa, en que fue establescido por heredero; pero amos de so vno son tenudos de responder a las debdas del fazedor del testamento. E si por auentura, el testador establesciesse en una cosa señalada por heredero a vn ome, e a dos ayuntadamente en otra cosa cierta; si non mandasse los otros bienes, deuenlos auer estos herederos, partiendolos entre si en esta manera: la meytad, a aquel que fue establescido por heredero en la vna cosa; e la otra meytad, a los dos (69) que fueron establescidos en la otra; fueras ende, si el fazedor del testamento dixesse (70), que heredassen todos egualmente. Pero cada vno destos deue auer adelantada (71) aquella cosa, en que fue establescido por heredero.

LEY 15. *Como non empesce a aquel que fuesse establescido por heredero, tiempo, nin dia cierto, que sea puesto en el testamento.*

A tiempo cierto non puede ningun ome establescer a otro por su heredero: esto seria, como si dixesse: Quiero que fulano sea mio heredero fasta tal dia (72); ó si dixesse: Sea fulano mio he-

iguales consecuencias: pero la l. 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec., declarando que la institucion de heredero no era esencial para la validez del testamento, implícitamente declaró que podia morirse parte testado y parte intestado; de lo que se sigue que el instituido en cosa cierta, no percibirá mas de lo designado por el testador, sucediendo en lo restante los herederos abintestato: siguese además, que si el heredero es nombrado para cierto tiempo, la herencia corresponderá á los sucesores abintestato, así que el tiempo haya concluido, y antes que empiece.

(65) V. Bart. en la l. 9. D. *de testam. tut.*

(66) Entiéndase en el mismo testamento, y no de otra suerte, como dije; v. l. 29. D. *ad Trebell.*

(67) Ya le instituya en el todo, ya en una parte de la herencia, d. l. 9. D. *de hœred. instit.* y allí Bald. y Paul. de Cast. y el §. 5. Instit. *de hœred. instit.*

(68) Añád. ll. 35. y 10. D. d. tít.—*Véase la adicion á la glos. 64.

(69) Añád. l. 24. D. d. tít. ¿y que diremos si al uno se le instituyó en la tercera parte de la cosa y al otro en en las dos restantes? V. l. 9. §. 13. D. d. tít.

(70) Hase tomado esto de Azon Sum. C. d. tít. col. 3., donde aduce las cit. ll. 24. y 13. D. d. tít.

(71) Añád. d. l. 35. D. d. tít.

(72) Ya sea cierto, ya incierto, pues que si bien puede nombrarse heredero para cuando llegue un dia incierto, no cabe nombrarlo para un tiempo cierto ó incierto; porque el que una vez ha sido heredero no puede dejar de serlo por la disposicion directa del testador, l. 88. D. *de hœred. instit.*, aunque si por via de fideicomiso, l. 17. D. *ad Trebell.* De ahí es que si uno instituye á su muger ó á otra persona para el tiempo de su vida, ese término se considerará como no escrito, y la herencia pasará al heredero del instituido, Bald. en la l. 34. D. d. tít. Empero ¿qué diremos si se hubiese llamado otro heredero para despues de la muerte del primer instituido, de la muger por ejemplo? Hubo varias opiniones, que refiere Juan de Imol. en d. l. 34. col. 6., y él se inclina, siguiendo á Martin. Silla., á que la muger se entenderá heredera perpetuamente, considerándosela empero gravada de fideicomiso á favor del otro heredero; decision que Imol. encarga se tenga presente por ser varias las instituciones de esta clase. Si esta opinion es cierta, lo mismo tendremos en el caso que el testador instituyese á uno hasta la pascua, y á otro para despues; es decir que el primero se entenderá gravado de fideicomiso á favor del segundo: así opinó Bald. en la l. 9. C. *de hœred. instit.* y en la l. 41. D. *de testam. milit.*, fundado en que ante todo debe atenderse á la voluntad del testador, l. 3. C. *de lib. prœter.*, el mismo Bald., Ang. é Imol., en la l. 28. D. *de lib. et posth.*, Paul. de Cast. en la l. 8. C. *de testam. milit.* y el cit. Imol. en d. l. 34. col. 5. Empero Bart. en d. l. 34. sienta sin restriccion que el tiempo debe considerarse como no puesto respecto de entrambos herederos, tomándoseles como puramente instituidos, á tenor de d. l., con la que concuerda esta de Part. Al parecer de Bart. se adhiere Salic. en d. l. 9., así como Alex., diciendo que el fundamento de la opinion de Bald. y secuaces desaparece al considerar que ninguna disposicion concebida con palabras directas puede convertirse en fideicomiso, aunque parezca obtemperarse á la voluntad del testador, como prueba allí latamente; si bien añade ser preciso confesar que la opinion de Bald. es

heredero, desde tal tiempo (73) en adelante. Ca maguer assi lo dixesse, aura el heredero luego la herencia en que fue establescido, e non aura por que esperar el tiempo, nin el dia, que fue señalado en el testamento; fueras ende, si el que lo fiziesse, fuesse Cauallero (74), que biuiesse (75) en seruicio de Dios, e del Rey, o de la tierra. Ca estonce deue valer el establescimiento, assi como lo ouiesse ordenado, esperando el heredero el dia, o el tiempo, quel Cauallero ouiesse puesto en esta razon. Pero en dia non cierto (76) bien podria ser alguno establescido por heredero. E esto seria, como si dixesse el testador: Establezco, que sea mio heredero fulano, el dia quel mismo muriere (77). E tal establescimiento como este vale, quier lo faga Cauallero, quier lo faga

mas equitativa. Yo me inclino mas á la opinion de Bald. y secuaces, opinion que es la mas general: al argumento de Alex. puede contestarse, que si bien se halla prevenido que, siendo unó solo el heredero no pueda instituirsele para un dia cierto, ni por un tiempo cierto ó incierto; nada se dispone para el caso de ser dos ó mas, esto es, el uno hasta la pascua y al otro para despues, de modo que llegando la pascua el segundo se entienda puramente instituido como el primero, como lo advierte Decio, consil. 278. col. 1.: ahora bien, como el segundo, siendo paisano, no puede ser heredero *jure directo*, porque su institucion parece hecha para despues de adida la herencia, Instit. §. últ. *de pupill. subst.* y l. 88. D. *de hæred. instit.*; parece que dicha institucion deberá sostenerse á manera de fideicomiso, segun lo anotado en la l. 7. D. *de vulg. et pupill.* y en la l. 8. C. *de impub. et aliis subst.*: esta contestacion al argumento de Alex. está sacada de la que dice Imol. en d. l. 34. col. 5. ¿Y si el testador instituyó un heredero único para cierto tiempo, prihibiéndole espresamente retener la herencia en adelante? Bart. en d. l. 34. dice, que semejante institucion es nula por ser perplexa, como lo decidió en la l. 9. §. 13. D. *de hæred. instit.* respecto del instituido en cosa cierta con probicion de percibir mas, cuya cuestion traté en la glos. 64. Empero Bald. y Salic. en d. l. 9. C. d. tít. sostienen la validez de semejante institucion, dando la prohibicion por no escrita. Yo en esta parte opino lo mismo que respecto del instituido en cosa cierta, y por iguales razones; pues, como dice Alex. en d. l. 9., esta cuestion pende de aquella. ¿Que diremos si á manera de pena impuesta al heredero escrito, el testador despues de algun tiempo instituye á otro, como si despues de haber instituido á un hermano deja el usufruto á su muger, previniendo á aquel que no ponga obstáculo á que esta usufructue, ó bien, priva á su hermano de la herencia instituyendo á la muger ó á un estraño? Parece que semejantes disposiciones serán válidas, á tenor de la l. 1. C. *de his quæ pen. nom.*; sobre esta cuestion que sobreviene á menudo véase Bart. en la l. 44. D. *de hæred. instit.* y allí en particular Juan de Imol.: véase tambien allí á quien se adjudicará la herencia, si en el caso propuesto el testador no ha instituido á persona alguna: y allí mismo Juan de Imol. opina, aunque no sin vacilar, que si el heredero, para evitar la melestia de semejante gravámen, restituye la herencia, podrá detraer la cuarta trebeliánica, arg. l. 1. §. 8. D. *ad leg. Falcid.*—* Esta l. de Part. se halla derogada por la l. 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec. como llevamos dicho en la adicion á la glos. 64.

(73) Entiéndase cierto, pues que para un dia incierto puede concebirse la institucion de heredero, atendido que el dia incierto es considerado como condicion, l. 75. D. *de condit. et demonst.*: como la condicion se retrotrae, es claro que cumpliéndose habrá muerto testado desde el principio el testador; y al contrario intestado, si la condicion no se cumple; y de esta suerte no puede acontecer que muera parte testado y parte intestado: no así cuando el dia es cierto, porque no admite retrotraccion, ll. 41. y 42. D. *de testam. milit.*: otra razon de diferencia puso Jacob. de Aret. en d. l. 34., véanse allí Bart. y Juan de Imol.—* Si es incierto si el dia vendrá, la institucion es realmente condicial, á ella no le es aplicable lo que llevamos dicho en la adicion á la glos. 64.: interin no venga el dia, la sucesion queda en suspenso: si llega, la herencia pertenecerá al heredero testamentario, cual si hubiese sido puramente instituido; y si no llega, serán llamados los sucesores abintestato.

(74) Porque el militar puede morir parte testado y parte intestado, l. 41. vers. *et quia diximus* D. *de testam. milit.*: puede tambien una ley particular antorizarlo á los paisanos, Bart. en la l. últ. D. *ad Tertyl.*

(75) Véase lo que dije en la l. 49. tít. 5. Part. 5.

(76) Si es incierto si existirá y cuando, no hay dificultad, l. 75. D. *de condit. et demonst.* y lo indiqué mas arriba; lo mismo tendremos si es cierto que existirá, pero se ignora cuando, como el dia de la muerte de un tercero, l. 9. C. *de hæred. instit.* segun una de las interpretaciones que se le dan.

(77) De lo que precede se infiere que esto debe referirse al dia de la muerte del heredero, y este fué uno de los sentidos en que se tomó la cit. l. 9., donde la Glos. y la generalidad de los DD. dicen que en este caso la institucion se considera como si fuese puramente concebida, prescindiendo del término; ya que á término parece hecha, atendido que el dia ha de llegar viviendo el heredero, cuya muerte será en el último

otri: porque maguer es cierta cosa que deue morir; pero non es cierto el dia, en que acaesce al ome la muerte.

LEY 16. *En quantas partes puede partir el fazedor del testamento su heredad entre los herederos.*

Partir puede el fazedor del testamento su heredad en tantas partes, quantas quisiere. Pero comunalmente touieron los Sabios antiguos, que deue ser departida en cuenta de doze onças (78), que cada vna dellas ha su nome departido en latin. La primera della es llamada, sexcuns; que quiere tanto dezir, como onça, e media. E la segunda llaman, sextans; que es tanto como dos onças. E la tercera quadrans; en que ha tres onças. E a la quarta, triens; que es por quatro onças. E la quinta dizen, quincuns; que es tanto como cinco onças. E a la sesta, semis; que es seys onças. E a la septima, septuns; en que ha siete onças. E a la octaua llaman, bes; que es tanto como ocho onças. E a la nouena, dodrans; en que ha nueue onças. E a la dezima, dextans; que es tanto como diez onças. E a la onzena deunx; que es por onze onças. E la doze llaman, as; en que se comprenden todas doze. Otros dos nomes y ha, en que se encierran todas estas doze partes sobredichas, assi como lo faze en la postrimera dellas, a que dizen, as; e llaman a la una dellas, pondus, e a la otra libra.

instante de su vida, l. 18. §. 1. D. *de manum. testam.*: y segun esto no habrá diferencia entre ese caso y el que se lee antes en nuestra ley, esto es el de la institucion á dia cierto. Salic. en d. l. 9. dice, que semejante institucion es viciosa y de ningun efecto, porque si el heredero quiere adir, se le opone la falta de cumplimiento de la condicion: despues de su muerte, no puede por imposibilidad de hecho, ni su heredero, pues que la herencia que no ha sido admitida no se transmite, l. únic. §. 7. C. *de cad. toll.* y l. 1. C. *de his qui ante apert. tab.*; de consiguiente tenemos imposibilidad de derecho. Empero, nuestra ley declara espresamente la validez de semejante institucion, y en términos que manifiesta ser este caso distinto de los que refiere al principio; en efecto, usa de la partícula *pero*, que equivale á *sed ó si autem*, las que son adversativas, tanto por lo que mira al derecho, como en cuanto al hecho, l 2. D. *si quis in jus vocat. non*, Bart. siguiendo á la Glos. en la l. 58. D. *de verb. oblig.* y en la l. 2. §. 1. D. *de præt. stip.* y la Glos. y Bart. en la l. 9. §. 1. D. *de damn. infec.* Tenemos pues que dicha institucion valdrá en clase de condicional, por mas que sea cierto que el dia vendrá, bastando que no se sepa el cuando; la institucion se suspende hasta el momento de la muerte; así opinaba tambien Azon en d. l. 9. C. *de hæred. instit.* y en la Suma, C. d. tít. col. 3., y con él Oldrald. cit. por Alber. en d. l. 9. Los efectos de semejante institucion serán, que si el instituido, admite la herencia *in articulo mortis*, la transmitirá á sus sucesores; y cuando no la haya admitido, les transmitirá el derecho de deliberar, á tenor de la l. 19. C. *de jur. deliber.* Podrá el testador echar mano de esta forma de institucion cuando tema que el heredero dilapidará los bienes durante su vida, y quiere que se conserven integros para los sucesores de este. De acuerdo con esta ley está la Glos. en el §. 9. Instit. *de hæred. instit.* donde puede verse Juan Fabr.—*En el caso que aquí propone la l. de Part. tenemos una verdadera institucion de heredero á término, de consiguiente le es aplicable lo que llevamos indicado en la adicion á la glos. 64., es decir, que los sucesores abintestato poseerán y usufructrarán la herencia hasta el dia de la muerte del instituido. Por derecho romano, segun la opinion mas recibida, es condicional la institucion cuando el heredero es llamado para el dia de la muerte de un tercero, esto es para un dia que si bien es cierto que vendrá, se ignora cuando; y se da por razon que el heredero puede morir antes que la tercera persona: pero la misma razon es aplicable al caso que el dia sea cierto de todo punto. Sea de esto lo que fuere parece indudable que, si el testador se ha referido á un dia cuya existencia es cierta, su intencion no es suspender, y si solo diferir, y de consiguiente que interin llega ese dia serán llamados los herederos abintestato, en virtud de la ley de Recop. Pero ¿si el heredero nombrado muere antes que venga el dia, transmitirá la herencia á sus sucesores? así parece; en efecto, si la disposicion no tiene fuerza condicional ó suspensiva, y si solo dilatoria, es evidente que el instituido adquirió un derecho desde la muerte del testador, y por lo mismo cabe la transmision.

(78) Adviértase que hay ciertos nombres numerales, como *dos partes*, *tres partes* etc.: en caso de duda se toman por dos ó tres partes de las doce, segun esta ley, la l. 13. §. 1. D. *de hæred. instit.*, el §. 5. Instit. d. tít. y la l. 23. C. *de legat.* Hay otros nombres que indican cierta parte aliquota, como la tercera, la cuarta, la décima parte; espresándose así el testador debemos entender que se refirió á la tercera, cuarta ó décima parte de toda la herencia, d. l. 13. §. últ. y Bart. en la l. 34. §. úl. D. *de usufruct. leg.* Así pues, si uno pide simplemente dos partes de la herencia ó de un predio, se entiende que pide dos duodécimos, Bart. y Juan de Imol. en d. l. 13. §. 1.; lo mismo que de las herencias debe decirse de las demás cosas, l. 23. C. *de leg.* Pidién-

LEY 17. *Como deue ser partida la heredad entre los herederos, quando son muchos.*

Tres, o quatro omes estableciendo el testador por sus herederos ayuntadamente, non diziendo quanta parte de la herencia da a cada vno, dezimos, que seran herederos todos egualmente (79). Mas si su entencion del testador fuesse atal, que quisiesse dar mas a los vnos que a los otros, estonce deue señalar, en quanta parte establesce a cada vno dellos. E si lo fiziere assi, cada vno dellos se deue tener por pagado, con aquella parte que señalo; e non deue mas demandar, nin auer. E si acaesciesse, que establesciesse a omes ciertos por herederos, en partes ciertas a cada vno; e demas dellas dixesse, que establescie a otro heredero, non le señalando cierta parte; estonce cada vno dellos heredara aquella parte que le señalo. E el otro, quier sea vno, o mas, a quien non señalo parte, heredara todo lo que fincare (80) demas de la heredad, e de las mandas, e de las debdas. Otrosi dezimos (81), que si algun ome establesciesse en su testamento a quatro omes por herederos, en esta manera; mandando a vno la meytad de la heredad, e al otro la otra meytad; e a los otros dos non les señalasse parte ninguna. En tal caso como este, aquellos a quien establescio por herederos en partes ciertas, heredaran la meytad, e non mas, e partirla han entre si egualmente. E los otros dos, a quien non señalo parte, heredaran la otra meytad de todos los bienes del testador, e partirla han entre si egualmente; quier sean escritos assi por herederos, en el comienço o en medio, en la fin del testamento. E aun dezimos (82), que si el testador partiesse su heredad en quatro partes, de manera que establesciesse en las tres partes herederos egualmente, non dando al vno mayor parte que a los otros; si non fiziesse mencion de la quarta parte que remanesciesse, deuenla partir entre si essos mesmos, a quien establescio por herederos en las tres partes; tomando cada vno dellos, tanto el vno como el otro. Mas si establesciesse por heredero alguno dellos en mayor parte que a los otros, estonce deuen partir la quarta parte sobredicha, segun la quantia en que fue cada vno establescido por heredero.

LEY 18. *Como, el testador que parte sus bienes en cuenta de mas de doze onças, quanta parte deue auer cada vno de los herederos.*

En doze onças deue ser partida, e contada, la herencia del testador, assi como de suso diximos. Pero si alguno fiziesse mas partes della, como si establesciesse quatro herederos, a cada vno dellos en quatro onças; estonce dezimos, que deuen

dose una parte sin decir una, dos etc, se entiende la mitad del total, l. 16. §. 1. D. *de verb. signif.*: diferente es el parecer de Ang. en el §. 5. Instit. *de hœred. instit.*, pero lo que llevo dicho es mas acertado.

(79) Añád. l. 9. §. 12. D. *de hœred. instit.* y el §. 6. Instit. d. tít.; así pues, la disposicion indeterminada que recae sobre varios estremos, se refiere á todos igualmente.

(80) Añád. l. 17. D. *de hœred. instit.* y el §. 6. Instit. d. tít.

(81) Añád. d. l. 6.—*Los copiladores de las Partidas copiaron en este punto las decisiones del derecho romano, sin advertir que ellas estriban en la costumbre general de distribuir la herencia en 12, 24 ó 36 partes, esto es en uno, dos ó tres ó mas ases de doce onzas cada uno, costumbre que nosotros jamas hemos conocido. En efecto, supuesta la indicada costumbre, si un ciudadano romano instituia tres herederos, Cayo, Seyo y Sempronio, al primero en ocho onzas, al segundo en cuatro y al tercero sin señalamiento de parte, con razon se presumia que su intencion habia sido formar dos ases, ó lo que es igual, dividir la herencia en 24 partes, de las que, quitadas doce para Cayo y Seyo, quedaban otras doce para Sempronio: con igual fundamento, en el supuesto que hubiese instituido á Cayo en 14 onzas y á Seyo en 10, se presumia haber querido dividir la herencia en tres ases, ó sea en 36 partes, de las que se adjudicaban á Sempronio las 12 restantes, l. 17. cit.; resultando de aquí que el heredero escrito sin señalamiento de parte, ora percibia la mitad del total, ora la tercera ó cuarta parte; y en ciertos casos una porcion que no era esactamente ninguna de estas, y esto tenia lugar cuando entre los demás herederos habia el testador distribuido mas de 12 onzas sin llegar á las 24, ó mas de 24, sin llegar á 36. etc.; percibiendo entónces aquel lo que faltaba para el dupondio ó tripondio. Por ahí se ve que la disposicion de la ley de Part. es puramente arbitraria, puesto que falta entre nosotros la costumbre que podia constituirla disposicion supletoria ó esplicativa de la voluntad del testador. Pero la ley está escrita y de consiguiente deberá observarse.

(82) Añád. l. 13. §. 1. D. *de hœred. instit.* y el §. 7. Instit. d. tít.—*En este caso la cuarta parte restante se adjudicará á los herederos abintestato en virtud de la l. 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.; véase la adicion á la glos. 64.

aduzir (83) la herencia a cuento de doze onças, descontando a cada vno dellos una onça, assi que ayan todos quatro a tres onças. Ca, bien assi como diximos en la ley ante desta, que quando el testador establesciesse tres herederos en las tres partes de su heredad, si non faze mencion de la quarta, que la deuen estos mismos herederos partir entre si egualmente: tenemos otrosi por bien, que quando acaesciere, que la departe en mas, que mengue a cada vno de los herederos, aquello que fue de mas mandado, assi como sobredicho es.

LEY 19. *Como puede ser partida la heredad del testador en mayor cuento de doze onças.*

Pondus en latin, tanto quier dezir en romance, como doze onças, en que deue ser departida la heredad del testador. E otrosi llaman a otra palabra en latin, dipondium; que quier tanto dezir, como veynte, e quatro onças. E a otra dizen tripondium; que es por treinta, e seis onças. En tantas onças como se entienden por estas palabras sobredichas, o en mas, o en menos, puede el testador departir su heredad, si quisiere. E porende dezimos; que quando es manifiesta la voluntad (84) del testador, que su entencion era de partir su heredad en mas partes de doze onças, como si establesciesse a vno por heredero en doze onças, e a otro en seys (85), e non fiziesse mencion de las seys onças que fincauan para cumplir la cuenta del dipondio; que estonce deue auer aquel a quien es establescido por heredero en las doze (86) onças, las dos partes de toda la heredad, e el otro a quien establescio en las seys, deue auer la tercera parte. E esso mismo seria, si primeramente establesciesse por heredero en el testamento al vno en las seys onças, e despues al otro en las doze. E si acaesciesse, que el testador establesciesse tres herederos, diziendo al primero, e al segundo (87), e al tercero, que a cada vno dellos establescia por heredero en toda su heredad; en tal caso como este, deuen partir todos tres toda la heredad entre si egualmente (88). Otrosi dezimos, que dexando el fazedor del testamento vn heredero diziendo que aquel ouiesse todos sus bienes, si despues desto dixesse, que establescia por heredero alguno otro en la parte que fincaua (89), estonce dezimos, que deue auer el primero toda la heredad, e el postrimero non aura ende ninguna cosa. Pero, si este atal que fuesse establescido por heredero en todo, fuesse tal ome, que segun derecho non pudiesse heredar (90) a otro, si el testador establesciesse

(83) Añád. d. l. 13.

(84) Dice esto á causa del argumento que podria deducirse de la l. 23. C. *de leg.*; pues que en caso de duda, cuando á uno se la deja el todo y á otro una parte, esta parte se entiende quitada del primero, d. l. 23.: véase la distincion que hace Azon en la Suma C. *de hæred. instit.* col. pen., y Bart. é Imol. en la l. 13. §. 2. D. d. tít.

(85) Entiéndase si por alguna conjetura constare que se refirió á otras onzas distintas de las doce, como llevo dicho; v. Bart. en d. l. 13. §. 2.

(86) Aquí es evidente que quiso traspasar el *as*, porque el todo no puede restarse de la parte.

(87) Añád. l. 14. D. *de hæred. instit.* donde se espresa con palabras mas terminantes.

(88) Así pues, el primer nombrado no tendrá mas derecho que los demás: de esto infieren Bald. y Ang. en d. l. 14. que aun cuando el presidente de un cabildo catedral vote el primero en la eleccion de obispo, su voto por esto no será preferente á los demás: lo mismo dice Ang. respecto de los senados de las ciudades, donde vota en primer lugar el gefe de la magistratura. Véase lo que sobre el particular disponen hoy dia nuestras leyes.

(89) Añád. l. 17. §. 3. vers. *aliter*, D. *de hæred. instit.*: de consiguiente, bajo la palabra residuo nada viene comprendido, si nada resta. Segun Juan de Imol. viene esto en apoyo de lo anotado en la l. 4. d. tít., á saber, que si al hijo se le instituye en cosa que no existe, ó en cosa sagrada ó religiosa, ó en cosa propia, la institucion es nula, y como preterido podrá el hijo argüir de nulo el testamento; lo que es notable segun Bald. y Ang. en d. l.

(90) Puede sin embargo instituirse al incapaz, para el tiempo en que fuere capaz, l. 62. D. *de hæred. instit.* y l. 3. D. *quib. mod. ususfruct. amit.* y allí la Glos.; de donde infiere Bald. en la l. 23. D. *de hæred. instit.* que puede instituirse al espurio para cuando fuere capaz, esto es para cuando se legitimare: y que interin no se le legitima podrá pedir la *bonorum possessio*, como instituido bajo condicion, y administrar los bienes en calidad de curador de los mismos, debiendo rendir cuentas á aquellos á quienes pertenezca la herencia, caso que no fuere legitimado, Bald. y Ang. en d. lug.: si bien Juan de Imol. dice allí que es digna de tenerse presente esta decision, sin embargo, en d. l. 62. col. 3. dice que tal vez no procederá por ser en fraude de la ley, la que no quiere que el espurio se entrometa en la administracion de los bienes paternos, ll. 1. y 3. C. *de natur. liber.*, ni aun bajo el tít. de curador, arg. cap. *avaritiæ, de elect.* lib. 8.: aun pasó mas adelante el mismo Bald. en la l. 14. C. *de fideicom.*

despues a otro, diziendo assi: quel fazia su heredero en aquella parte quel primero non podria auer; estonce heredara el segundo (91) toda la heredad, e el primero non aura ende nada, quando tal fuesse como sobredicho es.

LEY 20. *Quando el testador dexa por sus herederos los pobres de alguna Cibdad, entre quales dellos deue ser partida la heredad.*

Diziendo el testador: Establezco por mis herederos a los pobres de tal Cibdad, o de tal Villa; o: Mando por mi anima, que sean dados todos mis bienes a pobres: porque dubdarian algunos, en quales pobres deuen ser departidos los bienes del que fiziesse su testamento en esta manera, queremoslo departir, e mostrar. E dezimos, que los deuen auer (92), e dar (93), a aquellos que fuessen fallados en aquellos hospitales (94) de aquella Cibdad, o Villa, que el testador mando; e señaladamente a aquellos, que por algunas enfermedades en que yazen, non pueden salir (95)

vers. *et ex hoc infertur.* col. 11., diciendo, que si el padre lega al espurio para cuando fuere capaz, será nulo el legado, porque la incapacidad proviene no de causa estraña, sino de un vicio del testador mismo, arg. l. 4. D. *de serv. exportand.*; así como, segun él, el marido no puede donar irrevocablemente á la muger, aunque diga, *para cuando fuere viuda*, ni puede legarse al condenado á las minas, por mas que se refiera el legado al tiempo en que fuere capaz; porque la facultad de testar debe tenerla el testador al tiempo que ordena el testamento, l. 1. §. 1. D. *de leg.* 3.; y además, porque nada puede dejarse al espurio, y de consiguiente ni la esperanza, la que es algo estimable: á esta decision de Bald. califícala de bella y singular Paul. de Castr. en la l. 1. D. *de reg. Caton.* col. últ., y dice tambien no obstar la cit. l. 62. porque habla del caso que el defecto no provenga del testador. Sea lo que fuere de esta opinion en rigor de derecho, la general es la que admite al espurio para el dia en que fuere capaz; sostiénenla la mayor parte de los DD. en la l. 29. §. 6. D. *de lib. et posthum.*, donde Alex. contesta á los argumentos de Bald., y al cap. *avaritiæ*, é impugna la decision de Imol. en d. l. 62. Con todo á mi me parece muy probable la opinion de Imol., á mas de que con ella se evitan fraudes, y viene en su apoyo lo que dice la Glos. en la 14. C. *de fideicom.* y en la l. 16. §. 15. D. *ad Trebell.*, á saber, que siendo de todo punto incapaz el hijo espurio, no puede ser instituido, aunque se le encargue que á título de fideicomiso restituya la herencia á otro, y por mas que este fuese persona que verosimilmente aceptara; añád. Alex. en d. l. 29. §. *instituens* col. 2. Nótese tambien, que no puede instituirse al hijo incestuoso, aunque la institucion se refiera al tiempo en que fuere capaz, ni al hijo de este, segun Bald. en la l. 6. C. *de incest. nupt.* fundado en el mismo testo; y á este parecer parece inclinarse Alex. en d. l. 29; añád. Bald. en el cap. *in presentia*, *de probat.*: dicha ley procederá cuando el hijo es incestuoso y nacido de matrimonio de esta clase: añád. Corsetus *in singularibus*, en la palabra *hæres*: no podrá pues encabezarse un mayorazgo en el hijo incestuoso, ni en el hijo de este, ni aun bajo la condicion, *si se legitimare.* Otra cuestion se sucita que tiene relacion con la cit. l. 62. D. *de hæred. instit.*, á saber, si la muger podrá durante el matrimonio enagenar el predio dotal, confiriendo la enagenacion al tiempo en que aquel se haya disuelto; Juan de Imol. en el cap. *cum contingat*, *de jurejur.* col. 14. está por la negativa; y por la afirmativa Bald. novel. en el tratado *de dote*, Charta 28. col. 4. al fin. Hallo mas fundada la opinion de Imol., porque el espíritu de la ley resiste toda enagenacion de parte de la muger, arg. l. 4. D. *de serv. exportand.*, pues que su objeto es que conserve integra la dote, á fin de que si es menester encuentre segundo marido: si la enagenacion se hiciere para despues de la muerte de la misma muger, seria tal vez válida, porque cesa la razon de la ley; y aun quizás deberia limitarse al caso que la enagenacion fuese útil á la misma muger, arg. l. 26. D. *de jur. dot.* A la cit. l. 62. limítesela por medio de la l. 83. §. 5. D. *de verbor. oblig.* y lo que allí dice Jason col. 4. Véanse tambien sobre este punto Bart. en la l. 1. §. 2. D. *de nov. oper. nuntiat.* col. 5. y Bald. en la l. 1. C. *de contrah. empt.* y en la l. 1. C. *de nundin.*

(91) Añád. l. 2. C. *de hæred. instit.* y Azon en la Suma C. d. tít. col. penúlt. al fin.

(92) Habla de todos los bienes, esto es, de los muebles y de los inmuebles, los que deben venderse entregándose su precio á los pobres: no tendrá lugar hoy dia lo dispuesto por la l. 49. C. *de Episcop. et Cleric.* donde se dice que los inmuebles no deben venderse, y si entregarse al hospital del lugar, para que con sus réditos se sustenten los pobres: lo mismo sientan allí Bart., Bald. y Paul. de Castr. en d. l. fundados en la auth. *de ecclesiat. titul.* cap. *si quis autem pro redemptione.*

(93) No nos dice quien hará la distribucion: entiéndase pues, que la verificarán los albaceas, y faltando estos el obispo segun d. auth.: parece que el testador dió implicitamente á los albaceas la facultad de enagenar y distribuir, Salic. en d. l. 49. vers. *item vides hic.* col. 2.

(94) No serán pues los mismos bienes, sino su precio, lo que se entregará al hospital mas po-

de los hospitales, a pedir de que biuan; assi como contrechos, o los coxos, o los ciegos, o los niños desamparados (96) que crian en ellos, o los muy viejos (97), o los que ouiessen otras enfermedades atales, por que non podiessen andar, nin salir de los hospitales: porque estos lo han mas menester que los otros, que pueden andar a pedir onde biuan. E si por auentura, el testador non señalasse los pobres, de qual Cibdad, o de qual Villa son, deuen ser departidos entre los pobres de aquel lugar (98) do fiziesse el testamento.

LEY 21. *Que deparrimiento ha entre los herederos del fazedor del testamento.*

Differencia, e departimiento ha entre los herederos. Ca algunos ha dellos, que son llamados, suyos del testador. E otros y a que dizen, necessarios. E y a otra manera dellos, o que llaman, extraños. E suyos son llamados aquellos, que son fijos, o nietos (99), o viznietos del fazedor

bre de aquel lugar, como decia la cit. l. 49.: ni serán árbitros los albaceas, ni el obispo, de distribuir dicho precio entre los pobres que les pareciere, como decia allí Bart.; sino que deberán distribuirlo entre los pobres del hospital del lugar designado por el testador, y en particular entre los enfermos, cojos etc. como mas abajo se espresa, en lo que, esto es por lo que mira á la distribucion, nuestra ley va de acuerdo con la cit. l. 49. §. 3.

(95) La piedad debe inclinarse con preferencia hácia esta clase de séres desgraciados: el Señor nos dió un ejemplo de esto curando al paralítico que se habia visto privado de movimiento durante trentiocho años, Joan. cap. 5. v. 5. De las palabras de esta ley puede colejirse que no quedan escluidos de la distribucion los presos por razon de delito, y así opinaban la Glos. en el cap. *sacrorum* 2. q. 2. y Bald. en la l. 19. C. *de sacros. eccles.* col. 1. y en la l. 21. D. *solut. matrim.*, si bien el mismo Bald. sostuvo lo contrario en la auth. *contra rogatus* C. *ad Trebell.*, diciendo que los presos por delito no son dignos de misericordia, y que justo es que sufran los rigores de la pobreza, l. 31. D. *depositi.*

(96) Añád. Bart. y los DD. en la l. 132. D. *de verbor. oblig.*

(97) Tenemos pues que los decrépitos se contáran en el número de los enfermos: segun dice Terencio, la vejez es una enfermedad, añád. Abb. en el cap. *magnæ, de voto*; 5. notab., donde dice que la ley que se refiere al caso de enfermedad, será aplicable á la senectud: añád. l. 35. tít. 16. Part. 3.

(98) Entiéndase si aquel es el lugar del domicilio del testador, segun la l. 49. D. *de Episcop. et Cleric.* y la Nov. 131. cap. 9., véase la l. 39. §. últ. D. *de condit. et demonst.*, la Glos. en el cap. *si pater*, *de testam.* in 6º. sobre la palabra *pauperes*, el Specul. tít. *de instrum. edit.* §. *nunc vero aliqua* col. 31. vers. *sed quid si testator* y allí Juan Andr. en la adicion que empieza, *constat quod tenet institutio pauperum* y Juan de Plat. en la l. 2. C. *de annon. civil.* quien esceptua el caso en que puede congeturarse otra cosa; por ejemplo, si el testador ordenó que la distribucion se hiciese el dia de su entierro, y que este no pueda tener lugar en el pueblo de su domicilo. ¿Y si el testador dejó la eleccion de los pobres al arbitrio de los albaceas, tendrán estos que circunscribirse á los del domicilio de aquel? Véase Juan Andr. en d. cap. *si pater*, en la novela, glos. *licet certa* col. 5. quien despues de analizada la cuestion dice que podrá elegirlos de donde quisiere, y añade que consultado acerca de un caso de esta naturaleza, así lo resolvió, fundado en la l. 24. 1. respon. D. *de leg.* 2.: allí mismo trata de si los pobres religiosos deberán preferirse á los demás, y se inclina á que esto penderá del arbitrio del obispo. ¿Si el testador hace alguna manda á la iglesia, y hay mas de una en el lugar? V. Specul. lug. cit. col. 30. vers. *quid si quis legaverit*, y allí Juan Andr. en las adiciones, Juan de Plat. en la l. 1. C. *de municip. et origin.*, Bart. y los DD. en d. l. 39. §. últ. y Jason en la l. 95. D. *de verb. oblig.* Si legase al monasterio, sin decir cual, antes debe entenderse del de monjas que del de varones, v. Bald. en la l. 20. C. *de donat. ant. nupt.* col. 2. y en la l. 9. D. *de statu homin.*; añádase á lo dicho lo anotado por Juan Fabr. y Ang. en el §. 2. Instit. *de jur. natur. gent. et civil.*

(99) Entiéndase los que proceden de un hijo varon, Instit. §. 2. *de hæred. qualit. et difer.*: además, es preciso que el nieto no suceda al abuelo contra la voluntad del mismo, ni mas allá; de lo contrario no sucederá como *sus hæres*; como si el padre hubiese sido desheredado; la desheredacion no obra hasta despues de la muerte del testador, de consiguiente el hijo ha precedido al nieto su hijo, impidiéndole ocupar el primer lugar en la familia, esto es, ser condueño con el abuelo, l. 20. vers. *sed cum exhæredatio.* D. *de bonor. poss. cont. tab.*; así pues el abuelo no tendrá precision de instituirlo ó desheredarlo, Bart. y los DD. en la l. 6. §. 5. D. *de acquir. hæred.*—*Las leyes de Recop. distinguen únicamente entre herederos forzosos y herederos voluntarios: son herederos forzosos los descendientes legítimos, en ciertos casos los ilegítimos (véase la adicion á la glos. 28.) y en falta de descendientes los ascendientes, ll. 1. y 8. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec., Llámanse herederos forzosos los descendientes porque suceden á todos los bienes del padre ó abuelo, quien únicamente

del testamento, si fueren en poder (100) del, a la sazon (101) que los fizieren herederos. E llamaron los Sabios antiguos a tales herederos como estos, suyos; porque son como vna persona, e una cosa con el testador. E aun demas dixeron, que son como señores (102) de la herencia, biuiendo con sus mayorales; porque en su vida, han todo lo que les es menester de los bienes, tambien como los padres, e los abuelos. E otrosi, porque a la su fin, non los pueden desheredar (103) sin cierta, e derecha razon. E necessarios herederos son dichos los sieruos (104), a

puede disponer del quinto á favor de estraños; y los ascendientes porque suceden al descendiente, no pudiendo este disponer mas que del tercio. Los demás se llaman herederos estraños: Véase el apéndice al fin del tít. 8. de esta Part. y sobre los efectos de la suidad por lo que mira á la sustitucion, la glos 12. del tít. 5. de esta Part.

(100) El hijo clérigo ó religioso, aunque no esté bajo la potestad del padre, no por eso deja de ser *suyo heredero*, l. 56. C. *de Episcop. et cleric.*, l. 9. §. 4. D. *de minor.* con lo anotado en ella; y Bald. en la l. pen. princ. C. *de adopt.* Adviértase que si bien se quitó la diferencia que habia, en cuanto á la sucesion *ab intestato*, entre los hijos suyos y los emancipados, Nov. 118. cap. 1. y l. 15. C. *de legit. hæred.*; sin embargo, en otros puntos subsisten los efectos de la suidad; por ejemplo, respecto de la continuacion del dominio y de la transmision de la herencia no aceptada; de lo primero se trata en la l. 11. D. *de liber. et posth.* y en el §. 2. Instit. *de hæred. qualit. et difer.*, y de lo otro tratan, la l. 8. C. *de suis et legit. hæred.*, la l. 3. C. *de jur. delib.* y allí los DD., y Bart. en la l. 20. §. 1. D. *de stipul. serv.* y en la l. 84. D. *de acquir. hæred.* Subsiste tambien en el caso de la l. 12. tít. 6. de esta Part. y en el de la l. últ. d. tít.; véase allí lo que dije, y véanse otros casos en Alber. á d. Novel. Subsisten tambien dichos efectos en aquello que proviene de una causa natural, por ejemplo, en cuanto á romper el testamento, como dice Bald. en la auth. *de successione* C. *de suis et legit. hæred.* y en l. 9. D. *de testam. tutel.*; y en general, siempre que la suidad sea provechosa al hijo, no debe entenderse borrada por el beneficio de abstenerse, Bart. en la l. 1. C. *si minor ab hæred. se abst.*, en la l. 12. D. *de vulg. et pupil.*, en la l. 41. D. *de acquir. hæred.* y en la l. 9. D. *de testam. milit.*, y Bald. en la l. 3. C. *unde liber.* col. 1. y véase la cit. l. 20. §. 1.: no se entiende que muera sin heredero el que deja un *suus hæres*, aunque este se abstenga de la herencia, l. 30. §. 9. D. *de fideicomis. libert.* y d. l. 20. §. 1. Sigue tambien este efecto respecto de los hijos adoptivos y de los legitimados, Bald. en la l. 14. C. *de fideicom.* col. 1. Siendo la suidad por lo que mira al condominio y á la continuacion del dominio en el hijo despues de la muerte del padre, siendo esto, digo, algo de naturaleza intelectual, que dimana de las leyes de los doce tablas; se pregunta si podrá renunciarse. Bald. está por la negativa en la l. 20. C. *de jur. deliber.* col. 4., véase allí Alex. en las adiciones. Dice tambien Bald. en la l. única, C. *quand. non peten. part.* col. 4. que no cabe la prescripcion contra la existencia de la suidad.

(101) Es decir, al tiempo de la muerte del testador, Instit. § 2. *de hæred. qualit. et difer.*; así pues, en la sucesion *ab intestato* se atiende para la suidad al tiempo de la muerte; se atenderá al tiempo de la destitucion del testamento, si esta tuviere lugar. l. 1. §. 8. D. *de suis et legit. hæred.* y allí Bart.

(102) Concuerda con la l. 11. D. *de liber. et posth.* y con el cit. §. 2. Instit.: por lo mismo se le llama rey al hijo del rey, segun la Glos. en el cap. últ. 24. q. 1. y si el padre es rico, es reputado tal el hijo, segun Alber. en d. l. 11.: de lo mismo se sigue que si se ha de pagar alcabala por la heredad que se adquiera, no le devengará el hijo que sucede á su padre, porque no tanto puede decirse que adquiera, como que conserva lo que tenia adquirido, segun Angel. y Juan de Imol. en d. lug. y Bened. Capra consil. 41.; y de aquí deduce la Glos. que el hijo no debe pagar la décima, de la herencia paterna: tampoco deberá pagar landemio, Bald. en el cap. *quæ in ecclesiarum*, *de constit. col. penult.*; *filii namque pene ad bona propia veniunt*, l. 1. § 12. D. *de succes. edict.* y la Glos. en el cap. *prædicator* 16. q. 1.: de ahí es que mientras vive el padre se dice tener el hijo la esperanza de sucesion, Bald. en la l. 17. D. *de adopt.*; síguese tambien que aun cuando por ley se debiese alcabala por las donaciones y otras causas lucrativas, no la devengarán aquellas cosas que se transmitan entre ascendientes y descendientes, porque mas bien que mero lucro, parece ser pago de una deuda, segun Bart. y Juan de Plat. en la l. 1. C. *de impon. lucrat. descript.* fundados en la misma ley. Sin embargo, no podrá el hijo obligar el patrimonio paterno, l. 4. C. *si res alien. pignor. dat. sit.* y allí Bald.

(103) El desheredado pierde los derechos de suidad, l. 10. §. 4. D. *de vulg. et pupill.* y allí Alex. é Imol., y Bart. en la l. 1. §. 8. D. *de suis et legit. hæred.*

(104) Fuera del esclavo, no vemos que á ninguno se le llame heredero necesario, si bien alguna vez al hombre libre se le precisa á admitir la herencia, como en el caso de las ll. 4. y 16. D. *ad Trebell.* y otros semejantes. Decia Cristob. Por. en el princ. Instit. *ad leg. falcid.*, que el heredero del militar, en virtud de privilegio de este, debia adir, como heredero necesario, á lo

quien sus señores fazen herederos de lo suyo, en todo, o en parte; e son llamados assi, porque son tenudos de otorgarse por herederos de su señor, maguer non quieran. E por tal establescimiento como este son luego libres (105); e han de pagar luego las debdas e las mandas del fazedor del testamento; tambien de los suyos proprios bienes dellos, que auian ganado ante de la muerte del testador, como de los otros que ganassen despues (106), quando la herencia non cumpliesse a pagarlos. E estraños herederos son llamados todos aquellos, que non son de ninguna destas maneras sobredichas de herederos, a que dizen suyos, y necessarios.

LEY 22. *Qual tiempo deue ser catado, en que el heredero puede ser establescido, o non.*

Los herederos, a que dizen suyos, assi como los que descienden del testador, maguer a la sazon que los establesciessen, fuessen atales, que non pudiessen ser puestos por herederos de otri, si al tiempo quel padre, o el abuelo muriessen, non ouiese este embargo, podrian auer la herencia (107) dellos. Mas los otros herederos, a que llaman necessarios (108), deuen ser atales en el tiempo que los señores los establescen por herederos, e a la sazon de la muerte de los testadores, que non ayan algunos de los embargos, que dizen en las leyes deste nuestro libro, por que non puedan ser herederos. Pero los herederos que son dichos estraños, ha menester que sean de tal condicion, que non puedan ser embargados por razon de sus personas, en tres temporales. El primero es, quando los establescen por herederos. El segundo, quando mueren los testadores. El tercero, quando se otorgan por herederos. Ca, si en qualquier destos temporales (109)

que se opone Jason en la l. 2. C. *de testam. milit.*

(105) Añád. l. 3. de este tít. de Part., l. 4. C. *de necessar. serv. hæred. instit.* y el §. 1. Instit. *quib. ex caus. manumit. non licet.*

(106) Parece disponerse lo contrario en el §. 1. Instit. *de hæred. qualit. et difer.* vers. *per hoc tamen*; contéstese con la glos. en d. lug., conforme con lo que dice Azon en la Sum. Instit. d. tít.

(107) Aprueba la opinion de Joan. en la Glos. á la l. 49. §. 1. D. *de hæred. instit.*, á saber que al suyo heredero bástale tener la capacidad al tiempo de la muerte de aquel de cuya sucesion se trata, aunque esta sea testamentaria; empero la Glosa y la generalidad de los DD. en dicho lugar, si bien reconocen bastar que se atienda á dicho tiempo cuando se trata de si debe ó no suceder como suyo heredero; no así por lo que mira á la capacidad; la exigen al tiempo del testamento, si la sucesion es testamentaria. Téngase pues presente esta ley de Part. como contraria á la opinion general, y limitativa de la l. penúlt. D. *de reg. jur.* Atendida la disposicion de esta ley de Part. no será admisible la decision de Bald. en d. l. 49. §. 1., á saber que si el padre instituye á un hijo suyo religioso de alguna de las órdes menores, y como tal incapaz de heredar, Clement. *exivi*, vers. *cunque*, *de verbor. signif.*, será de ningun efecto la institucion, aunque despues, por autoridad del Papa adquiera la capacidad con la dignidad del episcopado, ó cambiando de religion; puesto que se requiere la capacidad al tiempo del testamento; y lo mismo aplica al caso que el hijo fuese incapaz por disposicion general de derecho ó por estatuto local. Podría tal vez sostenerse la decision de Bald. respecto del hijo religioso, atendido que se le considera como muerto, segun el mismo Bald. en la auth. *si qua mulier* C. *de sacrosanct. ecles.* y en la l. 56. C. *de Episcop. et cleric.* col. 5., y por lo mismo no puede llamársele suyo heredero, calidad á que se atiene esta ley de Part.: empero, á esto puede contestarse que atendiéndose para esta suidad al tiempo de la muerte, segun esta l. y el §. 2. Instit. *de hæred. qualit. et difer.*, y que hallándose, este capaz entónces, será suyo heredero: viene en apoyo de lo mismo lo que nota Angel. en la l. 48. §. 2. D. *de hæred. instit.*, donde, despues de haber hecho mérito de la decision de Bald., dice dudar de lo que este decide en punto al religioso, porque al instituirsele parece que se ha instituido al monasterio; de consiguiente, aunque el hijo fuere incapaz, se confirmará la institucion por equidad, si despues adquiere la capacidad; parece venir en apoyo de lo dicho la l. 82. D. *de acquir. hæred.*

(108) Sigue la opinion de la Glos. en la l. 42. §. 2. D. *de hæred. instit.*

(109) Esceptúese el caso en que uno es instituido para cuando fuere capaz, entónces se atiende únicamente al tiempo de la adquisicion, l. 62. D. *de hæred. instit.* Esceptúese tambien el caso en que la capacidad deriva de un acto que se retrotrae, como la absolucion de un herege, la restitucion del rebelde, la legitimacion de un espurio viviendo el testador, como advierten Bald. y Juan de Imol. en d. l. 49. §. 2. y Ang. en la l. 48. §. 2. del mismo tít.; véase Bald. en la l. 1. C. *qui non poss. ad libert. perv.* Si el heredero instituido que era capaz al tiempo del testamento y al de la muerte del testador, hubiese despues entrado en una de los religiones menores, y antes de admitir la herencia, hubiese sido secularizado por el Papa ó bien elevado al episcopado, ¿podrá admitir la herencia? Así parece,

ouiessen alguno de los embargos por que non puedan los omes ser herederos, perderian por ende la herencia, e auerla y en los otros que fuessen establescidos en su lugar dellos, a que dizen en latin, substitutos (110), o los otros (111) que fuessen establescidos en vno con ellos en el testamento. E si ninguno destos non ouiesse y, estonce tornaria la herencia a los parientes mas propinquos del finado.

atendido que se encuentra capaz en los tres tiempos; empero opina lo contrario Juan Fabr. en el §. 4. Instit. *de hæred. qualit. et difer.*; véase al cit. D.-*Tomada en este punto la ley de Part. en su sentido literal tendriamos una consecuencia que nadie á buen seguro osará admitir, á saber, que si el heredero estraño que era capaz al tiempo del testamento y al de la muerte del testador, se ha hecho incapaz mientras deliberaba, deberá quedar la herencia en suspenso ó vacante hasta la muerte de dicho heredero: en efecto, mientras viva hay esperanza de que adquiera la capacidad, y en este caso decidiéndose á admitir la herencia no podrá negársele el derecho de adirla, porque habrá sido capaz en los tres tiempos. La parte de la l. de Part. á que nos referimos es traducion del §4. Inst. *de hæred. qualit. et difer.* y de la l. 49. D. *de hæred. instit.*; pero en estos lugares, si bien se marca como tiempo el de la adicion de la herencia, se añade á renglon seguido, *medio autem tempore interfactum testamentum et mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet hæredi: quia, ut diximus tria tempora inspici debent*: por lo que se ve que no hay mas términos estremos que el del testamento, el de la muerte del testador y el de la existencia de la condicion, cuando la institucion es condicional, y los dos primeros, si es pura, pues que no hay otros términos medios en los que la incapacidad no dañe, que el espacio entre el testamento y la muerte, y el que media entre este y la existencia de la condicion; y de consiguiente es indudable que al mencionar el tiempo de la adicion se quiso indicar que no bastaba tener capacidad cuando la herencia se deferia, sino que debia la capacidad continuar hasta que la herencia se adiese. Este es el sentido mas natural, y en él podria tomarse nuestra ley de Part.

(110) En efecto, el sustituto del incapaz, y tambien los sucesores *ab intestato* escluyen al fisco, v. l. 3. D. *de his quæ pro non script. habent.*, y así opina la generalidad de los DD. en la l. 1. C. *de hæred. instit.* y lo dije ya en la l. 4. de este tít.: empero, si el instituido fuese indigno, sucederá el fisco escluyendo al sustituto, Bart. en la l. 1. D. *de vulgar. et pupillar.* col. 6. vers. *item quæro quid si hæres* y en la l. 15. princ. D. *ad Sillan.*; y lo dicho tiene lugar háyase ó no adido la herencia por el instituido; y esta es la opinion general, como lo atestigua Alex. en d. l. 1. col. 11. vers. *quærit hic Bartolus.*

(111) No habiendo sustituto son llamados los coherederos, pero habiéndolo, es preferido á ellos, l. pen. D. *de injust. rupt. irrit.*, l. únic. §§. 3. y 4. C. *de caduc. toll.* y esta misma ley de Part.: los coherederos en su caso son llamados por derecho de acrecer, porque nadie puede morir parte testado, parte intestado: que la parte del incapaz se adjudica al conjunto y no á los sucesores abintestato, lo dice Bald. en la l. 14. C. *de fideicom.* col. últ. el cual alega la l. 61. §. 1. D. *de legat.* 2., pero mejor lo prueba esta l. de Part. cuando dice: *E si ninguno destos* etc., si bien esta ley habla de las herencias, donde la accrecion es forzosa en virtud de la regla citada, al paso que Bald. habla de los legados, á los cuales no es ella aplicable: añádase lo anotado por Alex. en la l. 11. D. *de vulg. et pupill.* col. 2. y 3., acerca del sentido de la misma ley. —*Téngase presente que la l. 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec. declaró innecesaria la aceptacion del heredero y hasta la institucion, para la validez del testamento, y de consiguiente derogó el principio de los romanos, sancionado implícitamente en las Partidas, á saber, que nadie puede morir parte testado y parte intestado. Consecuencia necesaria de este principio era que no admitiendo su parte uno de los herederos, acrecia forzosamente á los demas. Destruido el principio resulta: 1°. que la parte del coheredero que falte no acrecerá al heredero que no quiera admitirla: 2°. que la acrecion solo tendrá lugar atendida la presunta voluntad del testador, esto es, entre los herederos conjuntos, ya por haber sido nombrados en una misma oracion, como *Pedro y Juan sean mis herederos*; ya en oraciones separadas, pero instituyéndoseles á cada uno en el todo ó en una misma parte, como en el siguiente caso, *Pedro sea mi heredero de toda la herencia, y Juan séalo igualmente de toda la herencia; ó bien, Pedro sea heredero de la mitad, y Juan séalo de la misma mitad*: en cualquiera de estos casos, faltando uno de los dos herederos, el otro podrá adquirir la parte del mismo, apoyado en la presunta voluntad del testador. — Lo que llevamos dicho sobre no ser forzosa la accrecion entre los coherederos, admitirá tal vez una escepcion, á saber, en el segundo ejemplo que hemos propuesto y otros casos análogos; porque entónces parece que el testador ya nombra á cada uno de los herederos en el todo para el caso que falte su compañero, lo que siendo así, ó ha de ser necesaria la accrecion, ó ha de resultar que un heredero admita una

LEY 23. *Quando un sieruo es de muchos, como el uno dellos lo puede fazer su heredero.*

Si el vno (112) de los señores de algun sieruo lo faze su heredero, e lo aforra; e lo dexa por su heredero, solamente con entencion (113) que sea franco, tenudo es el otro de tomar el precio, por razon de la parte que el auia en el. Mas si lo fiziesse heredero, con entencion que fuesse (114) despues sieruo, ganaria porende el otro señor la herencia del testador, e demas fincaria el sieruo todo suyo: pero si amos los señores quisiessen fazer el sieruo que auian en vno, heredero necessario, non lo podrian fazer, fueras ende por alguna destas dos razones. La vna es, quando ellos amos a dos lo fiziessen su heredero, e libre, e muriessen despues los señores todos en vno (115), assi como en mar, o cayendoles la casa de suso, o de otra manera. E la otra es, quando los señores que han vn sieruo de so vno, a quien establesciesse el vno dellos por su heredero con tal condicion, diziendo assi: Establezco por mio heredero a fulano, que es mio sieruo, e de fulano mio compañero, que sea heredero e libre, si tal ome, que es ydo en romeria a Santiago, tornare; si el otro compañero establesciesse aquel mismo sieruo por heredero en esta manera sobredicha, e so essa misma condicion, valdra tal establescimiento, si la condicion se cumpliere (116). E esso mismo seria, maguer lo establesciesse el vno so vna condicion, e el otro so otra, si acaesciesse, que amas las condiciones (117) se cumpliessen.

LEY 24. *Como el señor non puede fazer todos sus sieruos herederos, e libres, quando non ouiesse otros bienes, de que pagar las debdas que deuia.*

Obligado seyendo algund ome a muchos, por debdo, o por otras cosas que deuiesse dar o fazer, si este atal ouiesse todos los bienes suyos, o la mayor partida dellos, en sieruos, e los quisiesse todos tornar libres, por fazer engaño a aquellos a quien deuia algo, non podria (118); pero bien podria (*d*) algunos dellos (119) establescer por sus herederos en su testamento. Ca derecho es, que aquellos que son pobres, o encargados de debdas, que pueden establescer por herederos algunos de sus sieruos, que les defiendan su fama, e respondan por ellos, e finquen en su lugar despues de su muerte.

LEY 25. *Si el señor que establescio su sieruo por heredero, lo vendio despues, como puede auer el comprador la herencia, en que era establescido el sieruo.*

Si algun testador establesciesse su sieruo por heredero, en su testamento, e despues desto lo vendiesse, o diesse, o lo enagenasse (120) en qualquier manera, semeja, que pues lo enageno, que se arrepentio porque le auia fecho libre. E porende, aquel a cuyo señorio passo el sieruo, heredara los bienes del testador sobredicho, si non fiziesse despues otro heredero. E si muchos omes ouiessen un sieruo, e non todos egualmente, a quien establesciesse alguno otro en su testamento por su heredero, cada vno de los señores heredara en los bienes que fueron dexados a tal sieruo como este, segun cabe a cada vno (121) la parte que auia en el.

(*d*) á alguno dellos por su heredero en su Acad.

parte tan solo de lo que se le ha dejado, cosa que ni aun en los legados se permite, l. 36. tít. 9. de esta Part.

(112) Hase tomado esta ley de lo que dice Azon en Suma C. *de necessar. serv. hæred. instit.* col. 2. vers. *si autem quis instituat.*

(113) Esto es, espresándolo, como dice Azon lug. cit.

(114) Es decir, instituyéndolo sin espresar que le daba la libertad, Azon en d. lug.

(115) Añád. l. 8. D. *de hæred. instit.*, lo que Ang. aplica allí á los que concurren *ad bravium*: Juan de Imol. hace allí mismo otras aplicaciones: véase tambien Bart. en la l. 29. d. tít.

(116) Entiéndase si la disposicion de entrambos relativa á la libertad del esclavo es pura, ó viene á purificarse en un mismo instante, l. 8. D. d. tít. y allí Paul. de Castr.

(117) Sigue á Azon lug. cit. donde dice proceder esto en el supuesto que las dos condiciones existiesen simultánemente, esto es, antes de la muerte de los dueños, á fin de que ceda á un mismo tiempo el dia de la libertad y de la institucion.

(118) Esto se dispuso por la l. *OElia Sentia*, de la que se trata en las *Instit. quib. ex caus. manum. non lic.* princ.

(119) Cuando no fuere insolvente puede instituir los que quiera: de lo contrario, solo podrá instituir uno, como advierte Azon en la Suma C. *de neces. serv. hæred. instit.* y la Glos. en d. §. 1. Instit. *quib. ex caus. manum. non lic.*; véase la l. 42. D. *de hæred. instit.*

(120) Concuerda con el §. 1. Instit. *de hæred. instit.*; véase allí la Glos.

(121) Concuerda con el §. 1. Instit. d. tít.

TITULO IV.

DE LAS CONDICIONES QUE PUEDEN SER PUESTAS, QUANDO ESTABLESCEN LOS HEREDEROS EN LOS TESTAMENTOS.

Condiciones ponen los omes a las vegadas en sus testamentos, e mayormente en aquel lugar do establescen los herederos. E pues que en el titulo ante deste fablamos de los establescimientos dellos, queremos aqui dezir, de las condiciones que pueden ser y puestas. E mostraremos, que quiere dezir condicion. E quantas maneras son dellas. E en que manera deuen ser fechas, e puestas, e entendidas en los testamentos. E quales deuen valer. E quales non.

LEY 1. *Que cosa es Condicion, e quantas maneras son della, e como se pone.*

Condicion es una manera (1) de palabra, que suelen los fazedores de los testamentos poner, o dezir en los establescimientos de los herederos, que les aluenga la pro de la herencia, o de la manda, fasta que aquella condicion sea cumplida. E los fazedores de los testamentos, a las vegadas, ponen condiciones paladinas, en establesciendo los herederos. E a las vegadas, maguer non las ponen, entiendense calladamente (2), bien assi como si fuessen y escritas, e puestas. E aun entre aquellas condiciones que ponen los omes señaladamente en sus testamentos, dellas (3) y a, que pertenescen al tiempo pasado, e otras al tiempo presente (4), e otras y a, que pertenescen al tiempo que es por venir. E aquellas que pertenescen al tiempo que es por venir, algunas y a, que pueden ser; e algunas que non, que son dichas en latin, imposibles. E destas que non pueden ser, atales y a dellas, que se non pueden cumplir por embargamiento de natura (5); e atales y a, que las embarga el derecho (6), e otras, que se embargan de fecho (7); e otras ya, que non pueden ser, porque son dubdosas, e escures (8). E de las condiciones que pueden ser, algunas y a dellas, que son en poder (9) de los omes para cumplirlas. E otras y a, que son en auentura (10), si seran, o non. E otras y a, que son mezcladas (11), que en parte cuelgan del poder de los omes, e en parte estan en auentura. E fazense por estas palabras, diziendo: Fago a fulano mi heredero, si el diere (12), o fiziere tal cosa, a tal Eglesia; o en otra manera (13) semejante desta.

LEY 2. *De las condiciones del tiempo passado, e del presente, e del que es por venir; como se deuen poner en los establescimientos de los herederos.*

Poniendo algund ome condicion del tiempo passado, o del presente, quando establesciesse a otro por su heredero, si aquella cosa en que es puesta la condicion fuere verdadera, vale el establescimiento, luego (14) que es fecho. E esto seria, como si dixesse: Establezco por mi heredero a fulano, si el Rey fizo a tal ome Adelantado; o si dixesse: Fago mi heredero a fulano, si tal ome biue. Pero tal condicion como esta, que

(1) Adopta la definicion de Azon en la Suma C. *de condit. insert.* princ. y de la Glos. en la rubr. D. *de condit. et demonst.*; definicion que impugna Bart. en la l. 1. d. tít.: Socin la defiende en dicha rubr.: véanse los cit. DD., además á Abb. en la rubr. *de condit apposit.* y el Card. Florent. en el cap. *verum* d. tít., quienes definen la condicion en esta forma. *adjectio apposita vel subintellecta in dispositione, suspendens vel resolvens dispositionem.*

(2) Como en el caso de la l. 6. C. *de instit. et substit* y de la l. 1. §. últ. *de condit. et demonst.*: véase la l. 10. de este tít.

(3) Añád. l. 16. D. *de injust. nupt.* y en la Glos. las concordancias.

(4) Llámanse impropiamente condiciones las que se refieren al tiempo presente, segun Bart. en la l. 1. D. *de condit. et demonst.* col. 1. y mas abajo en la l. 2.

(5) Véase la l. 3. de este tít.

(6) Véase d. l. 3.

(7) Véase la l. 4. de este tít.

(8) Véase la l. 5.

(9) Véase la l. 7.

(10) Véase la l. 8.

(11) Véase la l. 9.

(12) Tenemos aquí que la palabra *si* importa condicion, y así opinaba la Glos. en la l. 1. D. *de condit. et demons.*, donde puede verse Bart. col. 1. vers. *ergo quæro*, y añádanse las ll. 1. y 2. tít. 4. Part. 4.: esceptúese el caso en que la palabra *si* se dirigiere mas bien á amonestar, que á hacer condicional el acto, Juan de Imol. en el cap. *venerabilis*, *de offic. deleg.* y Alex. consil. 2. vol. 2.

(13) Acerca de otras cláusulas y palabras que arguyen condicion, véanse Bart. en d. l. 1., Bald. en la l. penúlt. C. *de instit. et subst.*, en l. 25. C. *de jur. dot.* y en el preliminar de los feudos col. 11.: el gerundio unido al verbo ó al participio de futuro importa condicion, l. 76. D. *de acquir. hæred.* y allí Bart.

(14) Concuerda con la l. 16., D. *de injust. rupt.* de la que trae su origen nuestra ley de Part.,

se faze por palabras del tiempo passado, o del presente, non es llamada propriamente condicion, porque aquella cosa en que la ponen, non es en dubda. Ca, o es verdadera, o non; como quier que es dubdosa a aquel que la pone, porque non sabe, si es assi, o non. Mas aquella es condicion propriamente, que se faze por palabras del tiempo que es por venir (15), porque es dubdosa, si se cumplira, o non. E esto seria, como si dixesse: Fago mi heredero a fulano, si eligeren a tal ome por Obispo de tal Eglesia. Ca non sabe, si lo elegiran, o non. E en estas maneras sobredichas, o en otras semejantes, se pueden poner, e dezir las condiciones, en los establescimientos de los herederos, e en las otras maneras.

LEY 3. *De las condiciones que non pueden ser por natura, o por derecho.*

Las condiciones que ponen los omes, en establecer los herederos, por palabras del tiempo que es por venir (16), atales y a dellas, que non pueden ser, porque son embargadas de natura. E esto seria, como si dixesse el fazedor del testamento a algund ome: Fagote mi heredero, si alcançares (17) al cielo con la mano. Ca por tal condicion (18) como esta, non se embarga el establescimiento del heredero, como quier que la condicion non se pudo cumplir; ante dezimos que valdria, tambien como si non fuesse y puesta. E esto mismo seria, en todas las mandas (19) que fiziesse el testador, en que fuessen puestas atales

así como de las ll. 37. y 39. D. *de reb. cred.*, de la l. 100. D. *de verb. oblig.*, de la l. 10. §. últ. D. *de condit. instit.* y del §. 6. Instit. *de verb. oblig.*

(15) Empero, si la condicion espresada con palabras de futuro, habia existido al otorgarse el testamento, ¿se entenderá pura la institucion? Así se entiende si el testador ignoraba el cumplimiento: si lo sabia, se presumirá que quiso se reiterara la condicion, caso que pudiese resterarse, ll. 10. y 11. D. *de condit. et demos.*, l. 45. §. últ. D. *de leg.* 2. y l. 5. princ. D *de reb. dub.*

(16) Si la condicion imposible fuese de presente ó pasado y en algun tiempo hubiese sido posible, no se tiene por no escrita, sino que vicia la institucion, porque mas bien se la corsidera falsa que imposible, l. 16. D. *de injust. rupt.*: si jamas hubiese sido posible, se considera no escrita, como ridicula, l. 45. D. *de hæred. instit.*

(17) Y si la condicion imposible en vez de recaer como en este caso en la persona del agraciado, pesare sobre el que es gravado de restitucion ¿se tendrá por no escrita y como puro el fideicomiso? Azon en la Suma, C. *de instit. et subxstit.* opina que no se tendrá por no escrita, de modo que sea pura la disposicion, sino que al contrario será nulo el fideicomiso, fundándose en el §. últ. Instit. *de leg.* Esta opinion es citada por la Glos. en d. l. 1. D. *de condit. et demons.*, pero desechada por la generalidad de los DD.: allí mismo Juan de Imol. la defiende de las impugnaciones de Bart. y otros, y dice que con bastante probabilidad puede sostenerse; véasele en las cols. 3. y 4.—* Véase la adicion á la Glos. sig.

(18) Añád. l. 1. D. *de condit. instit.* y el §. 10. Instit. *de hæred. instit.* ¿Que diremos si no es condicion propiamente tal, y si un *modo* imposible de hecho ó de derecho? Lo mismo tendremos, en virtud de d. l. 1. segun la interpretacion de Aug.: sea condicion sea modo, se tendrá por no escrito cuando fuere imposible, segun el cit. Aug. y Juan de Imol. en d. l.: en cuanto á la condicion imposible lo dispone espresamente nuestra ley cuando dice, *como si non fuesse y puesta*; lo mismo, repito, debe entenderse del modo cuyo cumplimiento es imposible. Lo dispuesto en esta ley y la sig. acerca de la condicion imposible, debe entenderse del caso que el testador no ignore la imposibilidad; si la ignora, la institucion será nula, l. 58. D. *de condict. indeb.* junto con lo anotado en ella y Bart. en la l. 104. §. 1. D. de leg. 1. decidiendo en este punto de acuerdo con Imol. en d. l. 1. D. *de condit. et demonst.* col. 6. vers. *quod intellige.*—* La escepcion que pone aquí Greg. Lopez es en parte arreglada á derecho, y en parte en oposicion con él; queremos decir que no siempre que el testador ignore la imposibilidad, quedará viciada la institucion. Hay condiciones que son imposibles por naturaleza en todos los casos, y cuya imposibilidad es evidente, como la de llevar en hombros el capitolio, la de tocar el cielo con el dedo; otras hay que consideradas en abstracto son posibles, pero que en ciertos casos y por determinadas circunstancias, sabidas ó ignoradas del testador, pueden caer en la imposibilidad, cual la de devolver un vale que jamas ha existido, la de manumitir un sugeto que no es esclavo, la de que consiga la libertad el que es ingénuo etc. Las de la primera clase, esto es, las que son imposibles en todo caso por naturaleza, se tienen siempre por no escritas: acerca de ellas no hay cuestion. Las demas se consideran tambien no escritas, cuando el testador no ignorase la circunstancia que produjo la imposibilidad. Si la ignoró, debe aun distinguirse entre el caso que la condicion suponga algun hecho de parte del heredero, y aquel en que ningun hecho de este sea parte de aquella: en el primero, subsistirá la ins-

condiciones, o otras semejantes dellas. Otrosi dezimos, que las condiciones que son impossibles de derecho (20), quando son puestas en los establescimientos de los herederos, o en las otras mandas, que non embargan a los herederos, maguer non se cumplan. E esto seria, como si dixese el testador a algun ome: Establezcote por mi heredero, si non sacares a tu padre de captiuo (21); o si non le dieres que coma. Ca atal establescimiento como este non vale; de manera, que maguer non fuesse guardada (22) la condicion, aura el heredero la herencia, e otrosi la manda que le fuesse assi dexada. E generalmente son llamadas impossibles segund derecho, todas las condiciones que son contra honestad (23) de aquel a quien son puestas, e contra buenas costumbres, o contra obras de piedad, o contra derecho natural.

LEY 4. *De la condicion que es impossible de fecho.*

Impossibles son llamadas de fecho algunas condiciones, que los omes ponen a las vegadas en establescer a los herederos. E esto seria, como si dixesse el testador en el testamento: Establezco por mio heredero a fulano, si diere a tal Eglesia vn monte de oro (24). Ca tal establescimiento como este non vale, porque es puesto so tal condicion, que non se puede cumplir de fecho; maguer que los Alquimistas (25) cuydan que pueden fazer oro, quanto quisieren; lo que fasta este tiempo non fue cosa manifiesta a los otros omes.

titucion, considerándose la condicion como no escrita, arg. l. 104. §. 1. D. *de leg.* 1. y l. 41. §. 16. D. *de fideicom. libert.*: en el segundo, será nulo el nombramiento de heredero, y este es el caso de la l. 58. D. *de condict. indeb.* citada por Greg. Lopez: así opinan Cuyacio y Pothier.

(19) Añád. l. 3. D. *de condict. et demonst.* y d. §. 10. Instit. *de hæred. instit.*; véase la 12 D. *de dot. præleg.* la que es interesante en esta materia, y añád. l. 8. C. *de legat.*

(20) Añád. l. 14. D. *de condit. instit.* y d. l. 1. D. *de condit. et demonst.*, donde pueden verse Bart. é Imol. col. pen., quienes admiten cinco limitaciones. Si la que puede de condicion ó modo imposibles, debe reducirse á lo que sea justo y honesto, lo tratan Ang. é Imol. y principalmente este en la col. 2.; véase además la l. 6. D. *de condit. instit.*

(21) A lo que está tenido el hijo, l. 3. tít. 29. Part. 2. y l. 6. tít. 7. de esta Part.

(22) Empero, si la cumpliese no perderá por esto la herencia, l. 5. C. *de instit. et subst.* y allí Bald.

(23) Añád. ll. 9 y 14. D. *de condit instit.*: de esta ley de Part. puede inferirse la nulidad de la cláusula de un mayorazgo, porque la se impone al poseedor alguna condicion indecorosa relativa á las armas ó insignias, bajo pena de pérdida del mismo mayorazgo; véase la l. 63. §. 7. D. *ad Trebell.* y allí la Glos. y Paul. de Castr. Cuando las armas y demás condiciones espresadas por el fundador son decorosas, debe su disposicion cumplirse en todas sus partes, l. 13. de este tít. de Part. y Socin. en la l. 40. §. 5. *de condict. et demonst.* col. antepen. vers. *et prædicta faciunt.*, y añád. Guid. Pap. en la decision 251 de las del Delfinado: son lícitas las condiciones que tienden á la conservacion de la casa y de la familia, l. 16. D. *de usufruct. leg.* y l. 22. C. *de administr. tut.* Si la condicion versa sobre el sepulcro, subsistirá, mientras no se ordenare cosa que indique gentilismo, arg. l. 113. §. últ. D. *de leg.* 1. y allí Ang. y Juan de Imol. y Andr. Sicul. en el cap. 1. *de juram. calum.* col. 10. Acerca de los que ponen sus armas en las iglesias que edifican, ú ornamentos de que hacen donacion, véanse Dominic. en el cap. *duæ sunt*, dist. 45., y Felin en el cap. *tertio loco, de probat.* quienes opinan que los que tal hacen pierden el mérito de la accion, si su objeto fué una gloria mundana, pero no si tuviesen por mira escitar la virtud de los demás, ú otro fin laudable.

(24) Lo mismo dice la Glos. en el §. 10 Instit. *de hæred. instit.* Es evidente que esta ley habla de un monte de oro artificial: si el testador hubiese hablado del natural, la condicion fuera imposible por naturaleza, y se tendria por no escrita, quedando de consiguiente pura la institucion, segun Imol. en d. l. D. *de condit. instit.* col. últ.; véase lo que espuse latamente en la l. últ. tít. 4. Part. 4 — * Aquí los copiladores de las Partidas quisieron distinguir entre condiciones imposibles y condiciones difíciles, siguiendo las huellas de los jurisconsultos romanos. Llaman estos difíciles á aquella que si bien son posibles absolutamente hablando, es improbable la posibilidad de su cumplimiento, atendida la persona, á no ser que sobrevenga alguna circunstancia muy estraordinaria; tal es la condicion de entregar mil ases, impuesta al esclavo y bajo la cual se le lega la libertad. Nuestra ley ha querido hablar de este género de condiciones, pero no dudamos afirmar que hubo error en la eleccion del ejemplo, pues que en él la condicion pertenece visiblemente á la clase de las imposibles; y lo afirmamos con tanta mas seguridad, cuanto en la l. últ. tít. 4. P. 4. la condicion de dar un monte de oro es colocada entre las imposibles, al lado de la de tocar con el dedo al cielo.

(25) Véase la l. 9. tít. 7. p. 7. y allí la glos.

E porende dezimos, que el que fuesse puesto por heredero so tal condicion, que non aura la herencia que assi le fuesse dexada.

LEY 5. *De las condiciones que son dubdosas, e non ciertas.*

Dubdosas, e non ciertas y ha otras condiciones, que son llamadas en latin, perplexas. E esto seria, como si dixesse el testador: Establezco por mio heredero a fulano, si tal ome fuere mi heredero, e si este ome fuere mio heredero, establezco a fulano el sobredicho por mio heredero: atal establescimiento como este non vale, porque non podria ser (26) en ninguna manera, que cada uno dellos començasse ante del otro a ser heredero; lo que auia menester, para valer, e cumplirse la condicion,

LEY 6. *Quando el fazedor del testamento establesce a otro por heredero, so condicion que jure de fazer alguna cosa, como deue auer la herencia, o non, maguer non jure.*

Quando (27) algun testador establesce a otro por su heredero, so tal condicion, si jurare que de a fulano tantos marauedis, o tal viña, o otra cosa semejante; (*a*) tal condicion, en quanto tañe al juramento, pues es de cosa que ha de venir, a que dizen en latin, de futuro, deue ser auida por non puesta (28); empero no deue ser heredero, nin auer los bienes del finado, fasta que de, o faga la cosa que el testador manda jurar: e esto ha lugar, tambien en las mandas, como en el establescimiento de los herederos. Pero dos cosas (29) y ha, en que conuiene en todas guisas, que jure, quel a quien mandasse el testador jurar, de dar, o de fazer alguna cosa, si quisiere auer lo quel mando (30). La vna es (31), disixesse, que franqueana algun su sieruo, si jurasse de dar a algun ome alguna cosa señalada. E la otra (32) es, si establesciesse por su heredero al Comun de alguna Cibdad, o de alguna Villa, o le mandasse algo, si jurasse, de dar, o de fazer

(*a*) si este heredero fuese tal home que non quiera esto jurar, et quiere fazer ó dar luego lo que el testador mandó, tal establescimiento valdrá maguer non jure; mas si ninguna destas cosas non quisiese facer, entonce decimos que non debe seer heredero, nin haber los bienes del testador. Pero dos casos hi ha Acad.

(26) Cúlpese á si mismo el testador por haber hablado con esa perplexidad: pero no siempre vicia ella la disposicion, como dicen Bart. é Imol. en la l. 1. D. *de condit. instit.* y en la l. 16. d. tít.

(27) Concuerda con lo que dice Azon. en la Suma C. *de instit. et substit.* col. 1. vers. *neque est prœtermittendum.*

(28) Esto tiene lugar en las últimas voluntades, segun esta ley y la l. 8. D. *de condit. instit.* Si semejante condicion proviniere de la ley, de mandamiento de juez ó de contrato, deberá cumplirse, Gloss., Bald. y Paul. de Castr. en la l. 6. C. *commun. utriusq. judic.* Por las leyes de nuestro reino no es permitido afirmar los contratos por medio de juramento, á no ser aquellos que de otra suerte no subsistieran, l. 6. tít. 1. lib. 3. del Ordenam. y la pragmática 180; salvo aquellos contratos para los cuales el juramento es indispensable, dd. ll. y la pragmát. de Talavera, [ll. 6. y 7. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.]: en efecto, parece que la ley no quiso proscribir los juramentos que eran necesarios para la validez de los actos, Bart. y los DD. en d. l. 8. y en la l. 12 D. *de manum. testam.* — * Ulpiano en la cit. l. 8. funda bellamente la remision del juramento con el siguiente raciocinio: *Quum enim faciles sint nonnulli hominum ad jurandum contemptu religionis, alii perquam timidi, metu divini numinis, usque ad superstitionem, ne vel hi, vel illi aut consequerentur aut perderent quod relictum est, prœtor consultissime intervenit.* La condicion por lo que mira al juramento, dice nuestra ley, se tiene por no escrita, si bien el heredero no entrará en posesion de la herencia mientras no cumpla con lo dispuesto por el testador. Esto no tiene dificultad cuando es un hecho que pueda verificarse al momento; pero si es tal que solo quepa ejecutarlo en lo venidero, como el cuidar de la educacion de los hijos del testador cuando lleguen á cierta edad, parece que la disposicion mas bien se considera *sub modo* que como condicional, atendida la presunta voluntad del testador, y de consiguiente el heredero entrará desde luego en posesion de los bienes, debiendo perderlos junto con los frutos percibidos, caso que no cumpla.

(29) Añád. d. l. 8. D. *de condit.* instit.

(30) Añád. d. l. 8. §. 1.

(31) Añád. l. 12. D. *de manum. testam.*

(32) Añád. l. 97. D. *de condit. et demonst.* entendida conforme á la segunda interpretacion de la Glos., opinion que fué la de Azon en la Suma C. *de institut et substit.* col. 1. Téngase esto presente porque la generalidad de los DD. siguen la tercera opinion de la Glos. en d. l. — * El no remitirse la condicion *si jurare* cuando se impuso á un municipio, se funda en que no es temi-

alguna cosa, que el testador mandasse. Ca, en qualquier destas dos razones, non puede auer aquello aquel a quien es mandado algo so tal condicion, si non jura primeramente, de fazer lo quel testador mando. (*b*) E mas dezimos, que si el testador faze algun heredero, o manda alguna cosa a alguno, so condicion; si jurasse alguna cosa del tiempo passado (33), o del presente, que estonce non deue auer la herencia, nin la manda quel fuere dexada, ante que jure lo quel testador mando.

LEY 7. *Como las condiciones que pueden ser, si fueren puestas en los testamentos, deuen ser complidas.*

Possibiles conditiones son llamadas en latin, aquellas que son en poder de los omes (34) de las cumplir. E esto seria, como si dixesse el testador: Quiero que fulano sea mio heredero, si me fiziere vna Eglesia (35), o vn Hospital en tal logar. O si dixesse: Establezco mio heredero a fulano, si non fiziere tal cosa, diziendola señaladamente. O si dixesse; Fago mio heredero a tal ome, si diere cient marauedis (36) a tal Eglesia; o, si non diere tal castillo a fulano ome. E tal establescimiento, que es fecho so alguna destas condiciones sobredichas, vale si se cumpliere (37)

(*b*) Lo que sigue falta en el testo de la Academia.

ble en semejante caso el perjuicio, Cuyac. observ. 5. 1.; en efecto, no cabe ese temor respecto de los individuos de la curia, atendido que no puede moverles el interes individual.

(33) Tenemos pues, que la condicion de jurar no se tendrá por no escrita siempre que se refiera á un hecho presente ó pasado, Glos. y la generalidad de los DD. en d. l. 8. D. *de condit. instit.* y Bald. en d. l. 6. C. *commun. utrius. judic.*

(34) V. l. 4. §. 1. D. *de hœred. instit.* y l. 1. §. 7. C. *de caduc. toll.*: llamaremos condicion potestativa á la que pende meramente de la voluntad del que debe cumplirla, sin que se mezcle el poder de la fortuna; v. l. últ. C. *de necesar. serv. hœred. instit.* y Azon en la Suma d. tít. col. 3.

(35) A la misma clase de las meramente potestativas pertenece la condicion de manumitir un esclavo, porque para la manumision no se requiere la voluntad del esclavo, segun lo anotado en la l. últ. C. *de manum. testam.* y Bald. en la l. 1. C. *de instit. et substit.* col. 3.; añád. l. 14. de este tít. de Part. Si el obispo no quisiere dar su permiso para edificar la iglesia ¿se tendrá por cumplida la condicion de edificarla? Bald. opina por la afirmativa en d. l. 1. col. 2.; véase al mismo en d. lug. col. 3. vers. 3. *quœro* y en la l. 6. C. *de fideicommis. libert.*

(36) Tenemos aquí espreso que la condicion de dar tal cantidad es potestativa: lo mismo dice la Glos. en la l. 4. D. *de hœred. instit.* y en el §. 6. Instit. d. tít.: empero la misma Glos. en la l. 1. C. *de instit. et substit.* dice ser mista, y esta es en el mismo lugar la opinion general de los DD. Podríamos aquí distinguir entre el hombre de haberes y el que carece de ellos: respecto del primero es indudablemente potestativa la condicion, pero no respecto del segundo, Glos. en la l. últ. D. *de condit. instit.* y Juan de Imol. en d. l. 4. sobre la glos. 3.; véase Bart. en la l. 31. D. *de condit. et demonst.* y Bald. en la l. últ. C. *de condit. insert.* [Véase la adicion á la glos. 24] Acerca de la condicion de dar cierta cantidad á un incapaz, véase al mismo Bald. en la l. únic. §. 7. C. *de caduc. toll.* En cuanto á si es de dar ó de hacer la condicion *si diere tal predio*, véase Bald. en la l. 1. C. *de instit. et substit.* col. 3.

(37) La condicion potestativa puede cumplirla el heredero en cualquier momento de su vida, d. l. 4. D. *de hœred. instit.*, y allí Juan de Imol. 1. notab. y la Glos. en la l. 23. d. tít.; á no ser que se hubiese señalado término, l. 41. §. 12. D. *de fideicom. libert.* y l. 6. D. *de hœred. instit.*: en los legados semejante condicion debe cumplirse al momento, l. 29. D. *de condit. et demonst.*, la Glos. en d. l. 23. y Bald. en la l. 4. C. *de instit. et substit.* ¿La condicion de dar podrá ser cumplida por un tercero, cuando el que debia cumplirla está cercano á la muerte y sin el goce de sus facultades? Bald. en la l. únic. §. 7. C. *de caduc. toll.* vers. *extra quœro* opina afirmativamente, véase la l. últ. D. *de condit. instit.* junto con lo en ella anotado. Adviértase que el término prefijado para el cumplimiento de la condicion, no corre para el que la ignora, l. 2. D. *de condit. et demonst.* y Bald. en la l. 1. C. *de instit. et substit.* col. 3. vers. *non quœro*; véase sobre este punto el mismo Bald. en la l. 6. C. *de condit. insert.* col. penúlt. vers. *quœritur ultrius an conditio possit perpetuo impleri.* ¿Si hubiese muerto aquel en quien la condicion debia cumplirse, podrá verificarse en la persona del heredero? Véase Bald. en d. lug. vers. *decimo quœro* y l. 40. §. 2. D. *de statu liber.*—*Sobre el tiempo en que la condicion debe cumplirse han dejado algun vacío la Partidas. Fundados en las leyes romanas, las que en este punto han interpretado con bastante acierto la voluntad de los testadores sentaremos las siguientes reglas: 1ª. Si el testador fijó directa ó indirectamente tiempo, la condicion deberá quedar cumplida antes que ese tiempo haya finido; pero si la condicion es potestativa ó mista no se contarán los dias en que el heredero halló un impedimento insuperable, l. 40. D. *de condit. et demonst.* 2ª. Si no se hubiese fijado tiempo y la

la condicion. Pero aquel que fuesse establescido so tal condicion, que non fiziesse alguna cosa señaladamente; este atal ha menester, que de atal recabdo (38), que sean seguros, que non faga aquello que le defendio el testador (39). E si esto non quisiere fazer (40), non deue auer la herencia (41) en que era establescido por heredero.

LEY 8. *Que quando la condicion, que es fecha, o puesta en los establescimientos de los herederos, es de tal natura, que non es en poder de los omes de la complir, que non puede el heredero auer la heredad, fasta que se cumpla.*

Casuales condiciones son llamadas aquellas, que non son en poder de los omes, de las cumplir; mas que acaescen por auentura. E esto seria, como si dixesse el testador: Establezco a fulano por mio heredero, si llouiere cras, o si fiziere sol, dia claro sin nublo. Poniendo el fazedor del testamento tal condicion como esta, o otra semejante della, que fuesse puesta a mas alongado tiempo, o a menor, non puede este atal entrar la heredad del testador, nin ser heredero, a menos de ser cumplida (42) primeramente la condicion. Pero casuales condiciones y a, que son de tal natura, que maguer sean puestas, non embargan el establescimiento del heredero. E esto seria, como si dixesse el testador: Establezco a fulano mi heredero, si cras nasciere el Sol (43); o si dixesse: Fago mi heredero a tal ome, si muriere (44), non señalando fasta que tiempo. Esto

condicion es de las casuales, ó de las mistas, poco importa que se cumpla antes ó despues de la muerte del testador, con tal que sea antes de la muerte del heredero, l. 91. D. d. tít. 3ª. En el mismo supuesto de no haberse fijado tiempo, si la condicion es potestativa no puede cumplirse mientras vive el testador: despues de la muerte de este, podrá el heredero cumplirla en cualquier tiempo, segun la ley 4. D. *de hæred. instit.*: empero dudamos que la disposicion de esta ley comprenda á otros que á los *sui hæredes*; inclinándonos á creer que los demás deberán cumplir la condicion de que se trata, al momento que puedan, ó á lo mas tardar cuando fueren instados por los sustitutos, ó los herederos legítimos, á tenor de la l. 29. D. *de condit. et demonst.*, cuya disposicion está concebida en términos generales. Sobre los casos en que la condicion se tiene por cumplida, aunque en realidad no lo sea, véase la l. 22. tít. 9. de est. Part. y las ll. 13. y 14. de este tít.

(38) Esta es la caucion llamada muciana, de la que se trata en la l. 7. D. *de condit. et demonst.*, donde pueden verse Bart. y los DD. acerca el modo de cumplir las condiciones negativas: véase tambien allí si esta caucion será ó no admisible en los contratos; véase sobre el mismo punto Bald. en la l. 1. C. *de pact.* y la Glos. y DD. en la l. 28. C. *de transac.*, donde puede verse si tendrá lugar en los juicios. El que contraviniere á la caucion dicha, deberá restituir la cosa juntamente con los frutos, d. l. 7. La caucion debe ser fidejusoria, auth. *cui relictum*, C. *de indict. viduit. tollen.*

(39) ¿Qué diremos de los contratos celebrados *sub modo*? será en ellos admisible la caucion muciana? véase Alex. en la l. 28. C. *de transact.* y Socin. en d. l. 7.

(40) Empero, si quisiere prestar la caucion, mas le fuere imposible, tendrá efecto la disposicion hecha en beneficio de la libertad, pudiendo en estos términos entenderse la l. 17. §. 1. D. *de manum. testam.*, y esta es la opinion de Guillel. de la que se ocupa Bart. en d. l. 7. Lo mismo deberá decirse de las disposiciones hechas por motivos piadosos, porque, como dije en otro lugar, les alcanzan los privilegios concedidos á la libertad, Bart. en la l. 1. C. *de sacross. eccles.*, en la l. 12. C. *de testam.* y en la l. 3. D. *de his quæ in testam. delent.* y Socin. en d. l. 7. 1. notab. Fuera de estos casos, no se llevará á efecto la disposicion si la caucion no se presta, atendidas las palabras de nuestra ley; *si non quisiere*, á lo que debe añadirse *ó si no pudiere*. Sin embargo, si no pudiese prestarla con fiadores, á causa de pobreza, parece que bastará la juratoria, segun la auth. *cui relictum* C. *de indict. vid. toll.* y allí Bald. col. 2. al cual véase.

(41) Si la admite prestada la caucion, y despues contraviene á lo dispuesto por el testador ¿se le quitará la herencia, reconociéndole aun la cualidad de heredero, ó se le considerará como si nunca lo hubiese sido? Bald. en d. l. 7. trata esta cuestion, la que es de grande consecuencia por lo que mira á los legados; pero entre nosotros es de poco ó ningun interes, atendido que la l. 1. tít. 2. lib. 5. del Ordenam. Real [l. 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.] declara subsistentes los legados, aunque la herencia no se haya adido.

(42) Añád. l. 13. D. *de acquir. hæred.*: sobre las condiciones cuyo cumplimiento ó incumplimiento no influye en la validez de los legados, véase la l. 87. §. 3. D. *ad leg. Falcid.* — *Sobre los casos en que la condicion se tiene por cumplida, aunque en realidad no lo sea, véase la l. 14. de este tít. junto con la glos. 75., y además, la l. 22. tít. 9. de esta Part.

ės, por razon que tales condiciones como estas, tan sin dubda son, e tan ciertas, que en todas guisas son. E porende, luego que son puestas, vale el establescimiento del heredero, e non se embarga, nin se aluenga por ellas.

LEY 9. *De las condiciones que en parte cuelgan del poder de los omes, e en parte estan en auentura, que dizen mezcladas.*

Mezcladas (45) condiciones son llamadas aquellas, que en parte cuelgan del poder de los omes, e en parte estan en auentura. E esto seria como si dixesse el fazedor del testamento: Establezco por mi heredero a fulano, que es ydo a ultra mar, si tornare aqui, a morar a esta tierra. E tal condicion como esta en parte es en poder deste heredero atal, ca puede logar algund nauio en que venga; e en parte esta en auentura, ca maguer lo el alogue, puede acaescer peligro en la venida. E si el heredero que assi era establescido, fuesse de los descendientes (46) de aquel que establesciese, valdria el testamento (47), maguer non se cumpliesse la condicion. Mas si fuesse estraño non valdria, a menos de ser cumplida.

LEY 10. *Que condiciones se entienden en los establescimientos de los herederos, maguer non sean ypuestas, a que dizen en latin, Tacitus.*

Tacita conditio en latin, tanto quiere dezir en romance, como callada condicion; que es de tal natura, que maguer non sea puesta señaladamente, entiendese de derecho (48). E esto seria, como si algund testador (49) que ouieesse dos fijos (50), quier amos fuessen legitimos, o natu-

(43) Necesariamente ha de verificarse, de consiguiente la institucion es pura, l. 9. §. 1. D. *de novat.*

(44) Unicamente puede llamarse con propiedad condicion la que versa sobre un suceso de existencia incierta, Azon en la Suma, C. *de instit. et substit.* col. 1. l. 17. §. últ. D. *ad Trebell.*. Jason en la l. 100. D. *de verbor. oblig.* y l. 2. de este tít. de Part.

(45) Trae esta ley su origen de la l. 4. C. *de instit. et substit.*, de lo anotado por Azon en la Suma C. d. tít. col. 2. y de la Glos. en d. l. 4.

(46) Hijos ó nietos, ya estén bajo el poder patrio, ya sean emancipados. No será menester, por nuestro derecho, que el emancipado instituido bajo condicion casual ó mista, pida la *bonorum possessio secundum tabulas* de que hablan la l. 3. §. 13. D. *de bonor. possess. contr. tabul.* y la l. 3. §. 12. D. *de bonor. possess. secund. tabul.*; no obstando que la Glos. en la l. únic. C. *unde cogn.* sostenga ser aun necesaria la *bonorum possessio* hoy dia, en el caso de dichas leyes.

(47) Téngase presente esta ley, la que decide aquella grande cuestion agitada por la Glos. y los DD. en la l. 4. C. *de instit. et substit.*, á saber, si atendida la l. 32. C. *de inofiç. testam.* será nulo el testamento en que el hijo es instituido bajo condicion casual ó mista, sin habérsele desheredado para el caso de incumplimiento; ó bien subsistirá el testamento teniéndose por no escrita la condicion: esta ley aprueba la opinion de la Glos. en d. l. y en la l. 4. princ. D. *de hœred. instit.*: igual es la opinion que allí manifiesta Bart., siguiendo á Ricardo de Malumb.; y lo mismo deciden Juan de Imol. en la misma ley y en la l. últ. D. *de condit. instit.*, Salic. en d. l. 32, y Paul. de Cast., Alex. y Jason en d. l. 4. C. *de instit. et substit.*, fundándose todos en la l. 36. §. 1. C. *de inoffic. testam.* Esta misma opinion se halla sostenida por Rodr. Suarez en la repeticion á d. l. 32. en la 2 ampliacion, y dice aprobarse por las leyes de Part., á saber por la 17. tít. 1. y por la l. 11. de este tít.; pasando por alto esta ley, que en este punto es mas clara y terminante. Téngase pues presente esta ley, tanto mas, cuanto segun Socin. consil. 97. y 98. vol. 3., la opinion comun estaba en contrario, como latamente refiere en dd. consil.

(48) Son varias las condiçiones que de derecho se sobrentienden, como la de esta ley; v. l. 3. D. *de legat.* 1., cap. *quemadmodum*, *de jurejur.* y allí la glos. 2. y Juan Andr., l. 3. D. *de reb. cred.* y l. 99. D. *de condit. et demonst.* — * Por lo que toca á si la condicion que recae sobre una disposicion, ya sea legado, ya institucion de heredero, deberá entenderse repetida en otra disposicion que tenga por objeto la misma cosa ó la misma parte de la herencia, ó que recayga sobre la misma persona, véase Pothier en sus Pandectas, lib. 35. tít. 1. nº. 87. y sigs., Voet. en el Digesto lib. 28. tít. 7. y Sala en el mismo Digesto, d. lib. 35. tít. 1.

(49) Sea padre ó madre, Glos. y los DD. en la l. 6. vers. *cum autem* C. *de instit. et subst.* y Bart. en la l. 102. D. *de condit. et demost.*, de la que trae su orígen nuestra ley de Part. Es consiguiente que no se aplicará esta ley á los contratos onenosos., Bald. en la l. 30. al fin. C. *de fideicom.*; pero si á las donaciones *mortis causa*, Glos. en la l. 1. C. *de donat. caus. mort.*, así como á las donaciones entre vivos hechas en gracia del donatario, Decio en la l. 6. C. *de instit. et substit.*

(50) Habla por via de ejemplo: lo mismo tendrémos por igualdad de razon, si los hijos fueren mas de dos ó uno solo, l. 30. C. *de fideicommis.* y d. l. 6. C. *de instit. et subst.* vers. *cum autem.*

rales (51), establesciesse en su testamento, que el que muriesse (52) primeramente, que el otro que fincasse biuo, heredasse los bienes del muerto (53). Ca si este que muriesse (54) dexasse fi-

[No hay duda que con igual ó mayor razon debe aplicarse la ley al caso que un hijo sea instituido, sustituyéndole un estraño para despues de su muerte; háyasele ó no dado por coheredero el estraño.] Esta l. de Part. habla del caso que un ascendiente grava á su descendiente con un fideicomiso universal; así pues no tendrá lugar cuando el heredero gravado sea un hermano ú otro pariente colateral del testador, segun Alber., Ang. y la generalidad de los DD. siguiendo á Jacob. de Aren. y á Jacob. de Raven. en d. l. 6, y esta es la opinion comun, segun Socin. en d. l. 102. D. *de condit. et demonst.* col. 1. y Decio consil. 435. Empero, lo contrario sienta Barbat. en d. l. 30. fundado en argumentos á los cuales contesta Socin. lug. cit. col. 2. Tampoco será aplicable al caso que el testador instituya á su muger gravándola de restitucion, por mas que muera dejando hijos comunes á ella y á su marido, l. 74. §. 1. D. *ad Trebell.* y v. Socin. en d. l. 102. col. 3. vers. 3 *infertur.* Tampoco tiene lugar cuando el descendiente instituye á un ascendiente, segun Bart. en d. l. 102. , y esta es la opinion general, la que desecha la distincion de Ang. en la l. 17. §. 4. D. *ad Trebell.*: lo dicho tiene lugar, deje ó no hijos el ascendiente, Socin. en d. l. 102. Lo que esta ley de Part. dice de lós hijos, entiéndase de los demás descendientes, Glos. en d. l. 6. vers. *cum autem* C. *de instit. et substit.*, y l. 30. C. *de fideicom.*

(51) Añád. d. l. 6. vers. *cum autem C. de instit. et substit.* ¿Comprenderá esta disposicion, no solo al hijo natural, si que tambien al nieto ó viznieto de la misma clase? así parece, por militar igual razon, arg. l. últ. C. *de natural. liber.*, donde lo que se establece sobre la institucion de heredero y sucesion *ab intestato* respecto de los hijos naturales, se estiende á los nietos; y así opina Socin. en d. l. 102. col. 23. vers. *octavum corolarium.* ¿Tendrá lugar la misma disposicion cuando el heredero gravado sea un hijo adoptivo? Rayner. y Alber. en d. vers. *cum autem* están por la negativa, fundados en que el padre profesa mayor afecto al hijo natural que al adoptivo, y conviene con esto Alex. en la l. 17. §. 4. D. *ad Trebell.*: los adoptivos no son hijos propiamente tales, de modo que cuanto adquieren del padre adoptivo, se considera que lo reciben por mera liberalidad, l. 10. C. *de adopt.* junto con lo allí anotado, donde añade Ang. que cuando por algun estatuto se dispone, que por la sucesion paterna no paguen alcabala los hijos, se entenderán esceptuados los adoptivos. Lo contrario sostienen Comm. en d. l. 102. y Fulgos. en d. vers. *cum autem.* Socin. en d. l. 102. col. 24. adopta la primera opinion en el supuesto que el adoptante fuere un estraño, porque entonces no entra en su familia, ni cae bajo su poder el adoptado, d. l. 10: pero no cuando el adoptante es un ascendiente natural, pues que entonces entra en su familia y cae bajo su poder el adoptado, d. l.: y en el mismo caso coloca al hijo adrogado, porque él y sus hijos entran en la familia del padre adrogante. Sin embargo, yo me adhiero indistintamente á la primera opinion, fundado en que en esta materia no se fija la ley en la patria potestad, ni en los vínculos civiles de la familia, y si solo considera la afeccion natural, la que falta respecto del hijo adoptivo, d. vers. *cum autem* junto con esta ley de Part.: adviértase que cuando ella dice, *Quier amos fuessen legítimos*, no debe entenderse de los legítimos adoptivos, y si solo de los legítimos y naturales, pues que así es como entienden la palabra legítimo nuestras leyes, segun se ve por la l. 1. tít. 13. Part. 4.: empero si en el adoptivo gravado de restitucion concurriese el vínculo natural á mas del civil, esto es si fuese un descendiente del padre adoptivo, le será aplicable la disposicion de esta ley de Part. Por ningun término deberá estenderse á los hijos espúrios, segun Alber. y otros en d. vers. *cum autem*, á no ser que fueren legitimados, con lo que alcanzan iguales derechos que los legítimos., Nov. 89. cap. 9, l. últ. tít. 15. Part. 4, y Socin. en d. l. 102. col. 24. vers. *infertur ex præmissis.*

(52) ¿Qué dirémos si en vez de concebir la disposicion en estos términos, hubiese el testador instituido á un descendiente para durante la vida del mismo, y para despues á otro descendiente llamándolo con palabras directas? Parece que no será aplicable la disposicion de esta ley, atendida la l. últ. C. *de legat.* y lo que dice Imol. en l. 17. *de injust. rupt.* á saber, que siendo esta disposicion exorbitante, no debemos ampliarla: lo contrario sostiene Socin. en d. l. 102. col. 10 y 11. y así dice hallarse resuelto: véasele en d. lug. Adviértase tambien que atendidas estas palabras de la ley, *que muriesse primeramente*, no será ella aplicable al que hubiese sido gravado puramente, en lo que concuerda con la opinion general de los DD., de la que parece se aparta Socin. en d. l. 102. col. 12 y 13.

(53) Sin embargo de que la ley habla de la sustitucion universal, parece que lo mismo tendrá lugar cuando al hijo se le hizo alguna manda con el gravámen de restituirla despues de su muerte, arg. d. l. 6. vers. *quæ omnia* C. *de instit. et substit.*, así como en el supuesto de ser el hijo instituido en el todo, ó en una parte alicota de la herencia, con el cargo de restituir alguna cosa determinada cuando muera, segun Bald. en

jos (55), ellos deuian heredar los bienes de su padre (56), e non su tyo dellos, a quien auia esta

la l. 30. C. *de fideicomm.* col. 1; empero Socin. en d. l. 102. col. 13, 14 y 15., y Dec. en d. l. 6. vers. *cum autem*, opinan que no alcanza la disposicion de la ley al heredero universal con el gravámen de restitucion de una cosa particular para despues de su muerte, y así opina Alber. en d. l. 30. Pláceme esta opinion, atendido que esta ley de Part. habla tan solo de la sucesion universal y no de las disposiciones particulares: en cuanto al cit. vers. *cum autem*, dirémos que debe limitarse al caso de que allí se trata, esto es, á las mandas hechas á los mismos hijos gravados.

(54) Se refiere á la muerte del hijo heredero gravado: no tendrá pues aplicacion la ley cuando se gravare á un tercero para despues de la muerte del hijo., l. 74. §. 1. D. *ad Trebell.* y allí Bart., Ang. é Imol. ¿Qué dirémos si el hijo fuere desterrado? Bald. en la l. 30. C. *de fideicom.* col. últ. dice que tampoco tendrá lugar el fideicomiso, sino que los hijos escluirán al sustituto; sin que este tenga derecho á exigirles caucion de restituir la herencia, porque esta demanda no procede mientras la condicion está pendiente, l. 21. §. 1. D. *ad Trebell.*

(55) La ley no distingue, de consiguiente parece que aun cuando el heredero no deje mas que hijos naturales, quedará escluido el sustituto, de acuerdo con la l. 17. §. 4. D. *ad Trebell.*: de lo que parece seguirse que aun en el supuesto que el gravado de restitucion sea un hijo natural del testador, quedará escluido el sustituto, con tal que aquel deje hijos naturales; contra lo que parece probar la cit. l. 6. vers. *cum autem* C. *de instit. et substit.*, y atendida la inteligencia que le da la generalidad de los DD., quienes partiendo del mismo testo, exigen que el hijo natural tenga hijos legítimos, para que sea escluido el sustituto; y á la cit. l. 17. §. 4. contestan que debe concretarse al caso que la condicion, *si muriere sin hijos*, ha sido espresada por el testador, al paso que la l. 6. vers. *cum autem C. de instit. et substit.* se refiere á la condicion tácita; solucion que fué la tercera de la Glosa. en d. vers. sobre la parte *sobole* al fin. Empero Bart. allí adopta la primera solucion de la Glos., y consiste en entender d. vers. *cum autem*, por lo que mira *justa sobole*, en entenderlo digo, á tenor de la distincion que se hace en d. l. 17. §. 4., y de consiguiente, como que nada nuevo estableciera: esta fué tambien la opinion de Azon y del mismo Bart. en d. §. 4., así como la de Ang. é Imol, quienes dicen ser esta la opinion general: igual es el parecer de Alex. en d. vers. *cum autem*, y Decio propende á él en d. lug.: pero á la verdad, es mas general la opinion que hemos indicado en primer lugar, que fué la tercera solucion que califica de muy cierta Socin. en d. l. 102. col 29. Debemos sin embargo seguir la opinion de Bart., en virtud de esta l. de Part.. la que declara el sentido de las palabras *sine justa sobole* de d. vers., es decir que debemos entenderlas comprendiendo los hijos naturales y escluyendo únicamente los espúrios, á tenor del derecho antiguo; pues que la palabra *justa* de que se vale la ley, equivale a legítima, l. 3. §. 2. D. *pro socio*, y l. 13. princ. D. *de adulter.* Y de otra parte, legítimos son los hijos naturales cuando se trata de escluir al sustituto, d. l. 17. §. 4. [¿Y si los hijos legítimos ó naturales no hubiesen sobrevenido al heredero, sino que los tenia ya cuando su padre hizo el testamento, escluirán tambien en este caso á su tio? así parece atendidas las palabras generales que usa aquí la ley: *dejasse fijos.* La constitucion de Justiniano, que es la l. 6. §. 1. C. *de instit. et substit.* daba mas lugar á duda, pues que pone el caso del padre que da sustituto al hijo sin hacer mencion de los hijos que de este pueden nacer, y que luego añade, *si his qui substitutione prægravatus, pater efficiatur et liberos sustulerit* etc.; de cuyas palabras infieren espositores de mucha autoridad, y entre ellos Pothier, que al sustituto le escluirán únicamente los hijos que sobrevengan ó aquellos cuya existencia ignorase el testador.] ¿Escluirán los hijos al sustituto cuando este sea una iglesia ó causa pia? Así parece, pues que escluyen á su tio, á pesar de ser hijo del testador y heredero conjunto, segun esta ley y d. l. 102: pues que dió la preferencia á su hijo respecto de la iglesia, se entiende que ha preferido toda la descendencia del mismo, Bald. y Paul. de Castr. en d. l. 30. C. *de fideicom.* col. 1. Esto es lo cierto, digan lo que quieran Barbat. en los coment. á d. l. 30. y Jason en d. vers. *cum autem*, á cuyos argumentos contesta latamente Socin. en d. l. 102. col. 19. y 20. y Dec. en d. l. 6. C. *de instit. et substit.* col. 3. Véase sin embargo lo que aduce Felin. en el cap. *Ecclesia S. Mariæ, de constituto*, col. 38., donde refiriendo la decision de Anchar., esceptua el caso en que los hijos debiesen quedar reducidos á pobreza. Si el heredero gravado profesa en alguna religion ¿el monasterio será considerado como hijo al efecto de escluir al sustituto? Bald. en d. l. 30. C. *de fideicom.* col. últ. opina que no, si la religion es una de los incapaces de adquirir, y afirmativamente en el caso contrario: v. J. Bapt. de S. Sever. en las repet. á d. l. 6. vers. *cum autem* cuest. 7. y Socin. en d. l. 102. cuest. 9. Adviértase que por la Nov. 123. §. *sed hoc præsenti* el monasterio no impide el cumplimiento de la condicion de que allí se trata, cuando el sustituto es otro monasterio, como lo dice tambien la Glos. en el cap. *in præsentia*, *de probat.*; luego por igualdad de razon el nieto del testador no deberá escluir al hijo sustituto

toda vez que de parte del testador debe presumirse mayor afecto hácia el hijo al cual conoció, que á favor del nieto que le fué desconocido; y en este sentido consiguió que se fallara Mar. Socin. segun refiere su hijo en d. l. 102. col. 19. cuest. 9.; notable es esta opinion, pero no admisible: en efecto, tanto en esta ley de Part. como en la cit. l. 102. se pone el caso que el sustituto sea otro hijo del testador, y sin embargo este sustituto es escluido por el hijo del primer heredero su hermano. Concrétese pues la decision de Socin. al supuesto que al hijo se le impusiese el gravámen de restitucion á favor de uno de sus hijos; entónces los demás hijos que le nacieren, nada quitan ni disminuyen al sustituto, porque se hallan en igual grado; á mas de que contra la espresa voluntad de que se restituya á uno de los nietos, no pueden caber conjeturas: y á este caso se aplica el argumento que se saca de la disposicion relativa al monasterio ¿Si el heredero gravado dejó hijos adoptivos escluirán al sustituto? Contesto que no, porque no debe pender de la mera voluntad del heredero el hacer faltar la condicion: no puede decirse lo mismo de los hijos naturales, porque, mas bien que efecto de la mera voluntad del padre, se consideran un beneficio de la Divinidad: además, en los adoptivos no recae la misma presuncion de cariño de parte del testador, al efecto de escluir al sustituto, l. 76. D. *de condit. et demonst.*, l. 51. §. últ. D. *de leg.* 2., Socin. en d. l. 102. col. 24., Ang. en d. vers. *cum autem* y Decio en d. lug. vers. 7. *ista lex.* Segun se dice aquí de los nietos, entiéndase de los viznietos y demas descendientes, d. vers. *cum autem*, d. l. 30. C. *de fideicom.* y Socin. en d. l. 102. col. 17. Poco importa que los hijos sean varones ó hembras, ó nietos nacidos de una hija, l. 16. princ. D. *de testam. tut.* Bart. en la l. 1. C. *de verb. signif.* y l. 1. C. *de condit. insert.* Si el testador espresó la calidad de sexo masculino, las hembras no escluirán al sustituto, Bart. en d. l. 102. cuest. 4., cuya opinion es aprobada por los DD. sin escepcion, como atestigua Socin. en d. l. chart. 9. col. 2., y sobre esto véase al mismo chart. 10. col. 4. y 5. Tiene aplicacion esta ley, ya sean nacidos los hijos, ya esten por nacer al tiempo de la muerte del padre, segun Cumma. en d. l. 102. y al parecer Bart. allí cuest. 3., además algunos DD. modernos en d. l. 102., y entre ellos J. Bautis. de S. Sever., y á la misma opinion se inclina Socin en d. l. fol. 9. col. 3., 4. y 5. Esta parece ser la opinion que debemos seguir, á pesar de que decida en contra Roman. consil. 370, en el caso de que allí se trata, á cuya decision parece que se adieren Jason y Decio en d. l. 6. vers. *cum autem*: hállase la misma opinion fuertemente apoyada por esta ley de Part., pues que indistintamente escluye al sustituto cuando existen hijos del heredero gravado; y en particular cuando dice, *Esto es, porque siempre se entiende por derecho, maguer el padre non lo diga paladinamente, que muriendo el vno é dexando fijos, que el otro hermano que finca biuo, no deue heredar lo suyo;* en efecto, la palabra *siempre* equivale á decir, *en todo caso y en todo tiempo*, como advierte una glos. notable en la l. 1. D. *solut matrim.*; de consiguiente entendió nuestra ley hablar así de los hijos póstumos como de los nacidos. Si el heredero gravado dejare hijos, pero incapaces, deportados, por ej., ¿tales hijos harán caducar el fideicomiso? Decídase segun Bart. en la l. 114. §. *cum quis* D. *de legat.* 1. Adviértase que basta que haya hijos, aunque no fueren herederos, ya porque no quieran, ya porque han sido desheredados, d. §.; sin embargo, véase lo que digo mas abajo en la glos. 58. Tambien caducará el fideicomiso, así como la sustitucion pupilar, aunque los hijos sean fruto de una pubertad prematura, Bart. en la l. 29. D. *de liber et posth.* y el mismo y Apostil. en la l. 14. D. *de vulg. et pupill.*: lo mismo tendremos si ese pupilo precoz deja su muger embarazada, Bald. en la l. 17. D. *de adopt.*, allí donde dice: *Item si malitia supplet œtatem, et acciperet uxorem et conciperet*, arg. l. 43. D. *de vulg. et pupill.*; si bien se limita á la sustitucion pupilar. Nótense las palabras de nuestra ley, *dexasse fijos*, las que manifestan que no basta haberlos tenido, si no sobreviven al padre, lo que concuerda con la l. 17. §. penúlt. D. *ad Trebell.*: pero basta que sobrevivan, para que quede escluido el sustituto, aunque mueran poco despues, cap. *Raynutins, de testam.*, cap. *in presentia, de probat.* y l. 4. C. *quand. dies leg. ced.* Para los efectos de que se trata, no se tienen por hijos los monstruos, l. 14. D. *de stat. homin.*: tampoco se consideran tales los que mueren antes de acabar de nacer, esto es antes de estar fuera todas sus partes, l. 12. D. *de liber. et posth.* y l. penúlt. C. *de hœred. instit.* y allí Alber., Bald. y otros. [la l. 2. tít. 5. lib. 10. Nov. Rec. requiere que además de nacer con figura humana y en tiempo que no sea aborto, haya vivido 24 horas, y que haya sido bautizado]: pero, si el que naciere habiéndole cortado algun miembro, así como el que nace sin tener los miembros perfectos, porque á pesar de esto es hombre perfecto, Socin., siguiendo á Juan de Monte Spere. en d. l. 102. chart. penúlt. col. 2. Adviértase por último que debe nacer á la época en que naturalmente pueda vivir; así es que no escluirá al sustituto el hijo nacido dentro del quinto ó sesto mes, Socin. lug. cit., donde refiere haberlo así decidido. Es notable sobre este punto la l. 13. de Toro.

(56) Por estas palabras se ve que habla esta ley de la sustitucion fideicomisaria, pues que antes de la adicion no se llamarán bienes del here-

blescido el testador por heredero. E esto es, porque siempre se entiende por derecho (57), maguer el padre non lo diga paladinamente, que muriendo el vno, é dexando fijos, que el otro

dero gravado, sino del testador que ordenó el fideicomiso, arg. l. 5. C. *de impuber. et aliis subst.*; de lo que parece inferirse que ni esta ley, ni las demas análogas tendrán aplicacion á la sustitucion vulgar, y así lo sienta Alber. en d. l. 6. vers. *cum autem*, é igual parece ser allí la opinion de la Glos.; opinion que dice ser la general Socin. en d. l. 102. col. 7., siendo notable lo que allí añade, á saber que debe esceptuarse el caso en que el hijo instituido transmitiese á los nietos el derecho de adir; pues que si bien no deja de ser muy controvertible, si el sustituto escluye ó no al transmisario, sobre lo que véanse Bart. y DD. en la l. 1. D. *de vulg. et pupill.*, con todo en el caso de que se trata es indudable, segun el mismo Socin., que el sustituto será escluido, á tenor de la l. únic. C. *de his qui. ante apert. tab.* y arg. l. 30. C. *de fideicom.* Esceptua tambien Socin. el caso en que á la fórmula de la vulgar se le hubiese añadido la compendiosa, diciendo por ej. el testador, *en cualquier tiempo que falleciere*, porque en la compendiosa se comprende la vulgar, segun Bart. y la generalidad de los DD. en la l. 15. C. *de vulg. et pupill.* col. 10. vers. *quæro utrum substitutio compendiosa facta* y l. 8. C. *de impuber. et aliis substit.*, y de otra parte como en la fideicomisaria comprendida en la compendiosa, se sobrentiende la condicion tácita, *si falleciere sin hijos*, segun esta l. de Part. y d. l. 102, la misma condicion deberá suponerse en la vulgar que la compendiosa comprende, para que la resolucion sea en iguales términos, arg. l. 4. D. *de vulg. et pupill.* y l. 4. C. *de impuber. et aliis substit.* Sin embargo, contra esta opinion resolvió Decio consil. 416., fundándose entre otras razones en que si bien es cierto que mirada en su principio y *potentialiter*, puede la sustitucion compendiosa comprender á la vulgar y á la fideicomisaria, segun el caso que sobrevenga, con todo una vez se ha resuelto ó determinado, debe juzgarse de ella como absolutamente vulgar ó fideicomisaria, segun se haya resuelto en la primera ó en la segunda, á tenor de anotado por Bart. en la l. 57. §. 1. D. *ad Trebell.* lo y Alex. consil. 1. vol. últ. col. 1.; de consiguiente, si se resolviere en la vulgar, considerándosela como tal, no se sobrentenderá la condicion si falleciere sin hijos; y añade que lo que se dice de la igualdad en los términos en que la disposicion debe resolverse *(æqualiter determinatio deb et fieri)* parece referirse á lo que se espresa, y no á aquello que tácitamente se comprende, cual la condicion de que se trata: véanse otras razones que alega. Esta ley de Part. parece estar de acuerdo con la decision de Decio; en efecto, parece hablar de la sustitucion compendiosa, pues que dice, *que el que muriere primeramente*, y además usa de la palabra *heredar*, esto es *hæreditare*, que equivale á *succedere* l. 24. D. *de verb. signif.*, cuya palabra *succedere* su general, segun Bart. en la l. 15. D. *de vulg. et pupill.* col. últ.: y sin embargo esta ley de Part. quiere que para sobrentenderse la condicion, *si falleciere sin hijos*, que haya venido el caso de la fideicomisaria, como dije al principio, y lo manifestan otras palabras de la misma ley, de las que resulta que en el caso á que se refiere, habia adquirido ya los bienes paternos el hijo gravado, y de consiguiente que formaban parte de su patrimonio, l. 10. §. 2. D. *de vulg. et pupill.* y el princ. Instit. *de hæred. qualit. et diferent.* Empero no deja de favorecer mucho la opinion de Socin., la presuncion de piedad y afecto paternal, que fué el fundamento de la disposicion que nos ocupa, á saber que el padre prefirió su descendencia á un estraño; razon que milita de la misma manera en la vulgar que en la fideicomisaria: puede tambien aducirse en apoyo de la misma opinion esta ley de Part., pudiendo contestarse á las palabras arriba citadas, que tambien se dicen del hijo los bienes del padre, cuando aun no ha adido la herencia, l. 11. D. *de liber. et posth.* y l. 21. tít. 1. de esta Part. Para congeturar la voluntad del testador en este punto, importa mucho atender á si la sustitucion se hizo con palabras compendiosas, ó bien con palabras que solo espresen la sustitucion vulgar, y que por lo mismo implícitamente marcan diferencia entre uno y otro caso. Por fin, atendida la equidad y la presunta afeccion del testador, me inclino con preferencia á la opinion de Socin.: elija el lector, pues que el punto es ciertamente dudoso. Por lo que mira al caso que la sustitucion sea pupilar, véase Socin. en d. l. 102. col. 7., 8. y 9.: cuya decision al parecer es que esta sustitucion no desaparecerá por sobrevenir hijos, como lo pretendia Bart. en d. l. 14. D. *de vulg. et pupill.*, así como no se invalida, á pesar del nacimiento de un póstumo, segun la opinion mas general de los DD. en d. l. 14; pero si cuando el pupilo muere con hijos, arg. d. l. 102. ¿Qué diremos si habiendo el testador sustituido pupilarmente con palabras colectivas á dos hijos impúberes, falleciese el primero dejando hijos, y despues falleciere el otro en la impubertad sin dejar hijo alguno? ¿los hijos del primero escluirán de la herencia del impubes al estraño? Véase Bart. quien opina afirmativamente en la l. penúlt. C. *de impuber. et aliis substit.* col. 1. y Alex. en la l. 57. §. 1. D. *ad Trebell.*

(57) Nótese esta cláusula la que resuelve una cuestion agitada por los DD. en d. l. 102., á saber

hermano que finca biuo, non deue heredar lo suyo; mas los fijos del muerto lo deuen auer (58). Pero si muriesse sin fijos, estonce el otro hermano (59) heredaria lo suyo, assi como el padre ouiesse puesto. Mas si el que faze el testamento, establesciesse a dos omes estraños (60) por sus herederos, so tal condicion, que el que muriesse primero, que el otro que heredasse sus bienes; maguer que este que muriesse primero, dexasse fijos, non heredarian ellos estos bienes atales, mas el otro a quien establescio el testador por su heredero.

LEY 11 *Como el padre non deue poner condicion ninguna en la legitima, que dexa a su fijo.*

Libremente (61), e sin ningund agrauiamiento,

si la disposicion de que se trata debia considerarse como ficcion de la ley, ó como presuncion de derecho: Rapha. Cum. decia ser ficcion, suponiéndose espreso lo que el testador no habia dicho; al paso que Paul. de Cast. pretendia ser presuncion; y las razones alegadas por entrambas partes las examina allí latamente Socin. cols. 30, 31. y 32. Las consecuencias son de consideracion, pues que si es ficcion no cabe prueba en contrario; pero si, siendo mera presuncion. Jacob. Butric., Cyn. y Bald. en d. l. 30. C. *de fideicom.* sostienen que es una presuncion *juris tantum*, de consiguiente se admitirá en contrario la prueba de conjeturas, y de otra clase. Téngase présente que segun esta ley de Partidas, no es mas que una presuncion, ó lo que es igual, una condicion que aquella sobrentiende: en efecto, si hubiese querido espresar una ficcion, no hubiera dicho, *se entiende por el derecho maguer el padre non lo diga*, sino que hubiera espresado que la ley lo fingia: la ley parte de la conjetura del afecto paterno, y es por esto que dice, *se entiende por derecho.*

(58) Pero si repudian la herencia ¿será llamado el sustituto? Promueve esta cuestion Alber. en d. l. 6. vers. *cum autem* C. *de instit. et substit.*, y dice que opinan algunos quedar escluido el sustituto por el mero hecho de existir hijos del instituido, aunque no admitan, arg. l. 114. §. 13. D. *de legat.* 1., l. 17. §. últ. *ad Trebell.* junto con lo anotado allí, l. 85. D. *de hæred. instit.* y l. 77. §. 13. D. *de legat.* 2. Pero, dice el mismo que parece probar lo contrario el §. 3. vers. *si vero testamentum* Instit. *de success. libert.*; á mas de que es inegable que existe un fideicomiso condicional, por mas que los descendientes del instituido escluyan al sustituto en virtud de d. vers. *cum autem*, cuando dice, *liberis eam excludentibus*, de lo que se sigue que estos y nadie mas pueden escluirle, l. 11. §. últ. D. *de bonor. possess. secund. tab.* Otros, segun el mismo Alber., distinguen entre el caso de ser la condicion espresada por el testador, y aquel en que la sobrentiende la ley; en el primer caso, dicen bastar que deje hijos el instituido, para que quede escluido el sustituto; al paso que en el segundo requieren que tales hijos sean herederos, arg. d. vers. *cum autem*, pues que no siéndolo, falta el motivo de esclusion, esto es, la razon sacada del afecto paterno, razon en que se fundan el cit. vers. y d. l. 30. Esta es la opinion que adopta Alber. en d. vers. y á la misma parece inclinarse Socin. en d. l. 102. chart. 8. col. 2. y Jason en d. vers. *cum autem* col. penúlt.; véase el cit. Socin. consil. 182. vol. 2.

(59) ¿Y si este falleciere antes que su hermano el heredero gravado, transmitirá á sus herederos el derecho al fideicomiso? Paulo de Cast. en d. l. 102. opina que no, fundado en que si bien la condicion de que depende el fideicomiso es tacita ó legal, no es empero necesaria; pues que la ley la hace derivar de la presunta voluntad del testador, quien podia haber dispuesto otra cosa; de consiguiente, añade, no es aplicable á este caso la l. 99. D. *de condit. et demonst.* Esta cuestion es para mi muy sencilla, atendido que tenemos una condicion espresada por el testador, á saber, *cuando falleiere*, l. 75. D. d. tít. [*dies incertus*, dice la ley, *conditionem in testamento facit.*]: la decision de Castro está arreglada á derecho, pero la razon que da no es adecuada al caso.

(60) Aprueba la opinion de la Glos. en la l. 30. C. *de fideicom.* y en d. l. 6. vers. *cum autem* C. *de instit. et substit.*, opinion generalmente admitida. Faltan en el estraño los razones de piedad y afecto, que militan respecto del hijo y sus descendientes, en las que estriba la cit. l. 102., y de otra parte no se da con el absurdo de preferir los sucesores agenos á los herederos propios. Empero, si el testador instituyese un hijo suyo juntamente con un estraño, con el gravámen de restitucion en el que falleciere primero á favor del sobreviviente ¿se entenderá respecto del hijo la condicion de que se trata? Socin. en d. l. 102. chart. 6. col. 2. vers. 7ª. *infertur*, trata esta hermosa cuestion: despues de haber referido que Cumma. está por la negativa, si bien al fin queda en duda, diciendo que la equidad persuade lo contrario; sienta que debe entenderse la condicion respecto del hijo, siguiendo en esto la opinion de Juan B. de S. Sever. en d. l. 6. vers. *cum autem* y en la l. 6. C. *de testam. milit.*: viene en apoyo de esta opinion nuestra ley de Part. cuando dice, *dos omes estraños*, como si quisiera otra cosa cuando alguno de ellos fuese hijo del testador.

(61) No podrá pues el padre al dejar la legíti-

ma á su hijo precisarle á que la compense ó la reciba en pago de algun crédito, por ej. en pago del adote de su madre, Cyn. y Bald. en la l últ. C. *de jur. dot.* ¿Y si el padre deja á la hija algunos bienes á título de institucion, ó cierta cantidad en pago de la legítima y del adote de su madre, y los bienes no alcanzan á cubrir el adote y la legítima? Véase el notable consil. 125. de Socin. vol. 2.: véase tambien allí si aceptando la hija perjudicará á sus derechos; véase además Rodr. Suarez en la l. 32. C. *de inoff. testam.* 7 amplia. Supóngase que un hijo instituido en la legítima y gravado de restitucion á favor de Ticio, se resiste á adir la herencia y restituirla, y se le precisa por el juez, ¿podrá en virtud de esta ley retener la legítima como si no existiera el gravámen? Paul. de Cast. opina que nó, entendiendo limitada para ese caso nuestra ley y sus semejantes, por la l. 27. §. 13 D. *ad Trebell*, donde Roman, dice ser muy reciente semejante interpretacion: Alex., cuya opinion parece la mas acertada, reprueba allí esa interpretacion, diciendo hallarse en oposicion con la l. pen. §. 4. D. *de bon. libert.*: véasele. Si el hijo gravado adiere precisado por el juez, y restituyere, parece haber reconocido la disposicion paterna, y de consiguiente quedará privado de reclamar la legítima, segun d. l. penúlt. §. 4., y así parece opinar Alex. Pero ¿el gravámen que se tiene por no escrito respecto del hijo, sufrirá la misma suerte en la persona á la que el hijo ha transmitido el derecho de adir? Trata esta cuestion Socin. consil. 116. vol. 1. col. 7. y concluye por la negativa: véasele en d. lug. y en la col. pen. vers. 6. y últ. Adviértase que si el padre puede gravar la legítima de los hijos en virtud de autorizacion real, no se entiende usar de semejante facultad, mientras no lo esprese, Rodrigo Suarez en su elegante repet. á la cit. l. 32., limit. 18. y en la lect. de la ley del Fuero. limit. 2. Guarda analogía con esto la notable decision de Oldrald. consil. 28., á saber que si el padre hace alguna donacion entre vivos á su hijo, con el gravámen de restitucion, y despues en el testamento le deja algo á título de heredero, previniendo se dé por satisfecho en su legítima con esta disposicion, y la donacion entre vivos; se entenderá haber quitado el gravámen que llevaba la donacion; añade no obstar que la costumbre del pais permita imponer gravámen en la legítima, porque mientras la voluntad del padre no es bien espresa, se entiende haberse sujetado al derecho comun, l. 2. C. *de noxal.*, *cap cum dilectus*, *de consuetud.* Téngase presente que la autorizacion real para fundar mayorazgo a favor de uno de los hijos, aunque se perjudique á la legítima de los demas, con tal que se les dejen los alimentos, (lo que es costumbre espresarlo); debe entenderse de manera que tengan los alimentos en propiedad, esto es el capital transmisible á sus hereder os, y no una mera pension; así opinan nuestros DD. Palac. Rub. en la rep. al cap. *per vestras* col. 250. y Rodr. Suarez en d. 2. limit. de la l. del Fuero y la repet. á la cit. l. 32. fol. 62. y 63.: sienta lo contrario Bald. en la l. 1. §. 3. *de just. et jur.*, pero habla del caso en que la ley municipal quita la legítima, y no de la disminucion de la misma, salvos los alimentos, cuya disminucion es lo único que se entiende permitir el príncipe al otorgar la indicada facultad para crear un mayorazgo: entre uno y otro va mucha diferencia, como se ve por lo anotado por Paul. de Cast. en d. l. 32. vers. *item quæritur.* Viene en apoyo de esa interpretacion que hemos dado á semejantes autorizaciones, la notable decision de Bald. en la l. 50. C. *de Episc. et Cleric.*: donde, tratando del caso en que el derecho municipal favorable al primogenito, autorice la cuasi desheredacion de los demás hijos, dice, que el juez podrá enmendar la disposicion paterna, siempre que alguno de los hijos quedare perjudicado en los alimentos; debiendo graduarlos por la calidad de las personas, el valor del patrimonio y demás circunstancias, conforme lo he visto practicar varias veces en el Consejo Real; y á la verdad, cuando el padre, en uso de la indicada autorizacion, disminuye de un modo exorbitante la legítima de los demás hijos, puede decirse que les priva de ella, Socin. consil. 150. vol. 1. col. 5. y Domin. de Rot. decis. 18. de las mas rescientes, col. 2. al princ.; para tanto no se presume haberle facultado el príncipe; con lo que se contesta al argumento de Abb. en el cap. *Rayuntius, de testam.* últ. notab. Adviértase que el padre debe la legítima á sus hijos, aun cuando puedan por otra parte alimentarse. Empero ¿el hijo en perjuicio del cual se alcanzó la autorizacion para disminuir la legítima, podrá usar en su caso de igual facultad contra su padre? Bald. opina que no en la l. últ. vers. *pone Princeps* C. *de fruct. et litium expens.*; tratan esta materia Rodrigo Suarez. en su cit. repet. á d. l. 32., y Guill. Bened. en la repet. al cap. *Rayuntius*, *de testam.* fol. 352. col. 4. y fol. 353. sobre la palabra *reliquit.* Acerca de si el militar podrá por medio de la sustitucion directa militar (de la que se trata en las ll. 15, D. *de vulg. et pupil.* 8. C. *de impub. et aliis subst.* y 6. C. *de testam.*) privar al hijo de la legítima, véase lo que digo en la l. 12. tít. 5. de esta Part. Adviértase que no se reputa imposicion de gravámen el dar sustituto vulgar al hijo, Paul. de Cast. en d. l. 32. fundándose en la l. 14. §. 1. D. *de liber. et posth.* y allí Alex. al cual véase. —*Sobre la legítima y las mejoras, y los gravámenes que pesaren sobre aquella y estas, véase el apéndice al fin del tít. 8 de esta Part.

e sin ninguna condicion (62), deue auer el fijo (63) su legitima parte de los bienes de su padre, e de su madre, segund diximos en el titulo, de quien puede fazer testamento, o quien non, en la ley que comiença: Religiosa vida. Pero si el padre quisiere establescer su fijo por heredero en mas de su parte legitima, en aquello que le dexa demas, bien puede el padre poner aquella condicion, que es en poder (64) del fijo de la cumplir; mas ninguna de las otras condiciones, assi como

(62) Ahora bien, calificándose de institucion condicional la sustitucion, l. 41. §. 6. D. *de vulg. et pupill.* y l. 11. §. 5. D. *ad leg. Falcid.*, ¿si el hijo se halla sustituido vulgar ó compendiosamente, siendo preterido en el primer grado, se entenderá instituido, desechándose la condicion bajo la cual se le sustituya? Así parece atendida la disposicion de esta ley y arg. l. 75. D. *de hæred. instit.* ll. 26. y 43. §. 2. D. *de vulg. et pupill.* y d. l. 32.: tal parece ser la opinion de Rodrigo Suarez en d. l. 32, limit. 15. y el espíritu de esta l. de Part. y el de la l. 36. C. *de inoff. testam.*; Alex. es mas esplícito que Suarez en la l. 25. D. *de vulg. et pupill.* Es consiguiente á lo dicho que siendo otro hijo el heredero instituido en primer grado, este y su hermano el sustituto vendrán á ser coherederos; lo que advierto por que se desvia en este punto Suarez lug. cit. Adviértase que ni este, ni Alex. hacen mencion de Oldrald. consil. 171. col. 3. vers. *sed quæritur*, donde sostiene la contraria hablando del hijo substituido pupilarmente, y preterido en el primer grado: dice no obstar d. l. 32. ni la cit. l. 36. §. 1. porque la cit. l. 32. se refiere á la l. 30. C. *de inoff. testam.*, y de otra parte el cit. §. y la l. *sancimas* se refieren á las cits. 30. y 32.; luego entrambas deben entenderse del caso de que habla la cit. l. 30., para cuya inteligencia fueron promulgadas, así como la Novell. 119.: ahora bien, d. l. 30. dice no querer inmutar cosa alguna acerca los hijos preteridos. Ademas, la cit. l. 30. introdujo la accion para el suplemento de la legítima, y este es el objeto de las tres citadas leyes: esta palabra suplemento supone dos cosas, esto es, algo preexistente, y algo que accede á lo primero sin destruirlo, arg. l. últ. D. *de divers. et tempor. præscrip.* y l. 13. §. 1. D. *de acquir possess.* Este suplemento puede verificarse, ya accediendo cantidad á cantidad ó especie, ya cierta especie á determinada cantidad ó especie, segun d. l. 30., lo que se entenderá de la remision de la condicion, modo, tiempo ú otro gravámen puesto á la legítima: empero, la ley no cambia el carácter de la disposicion paterna, y si solo anticipa sus efectos, arg. l. 63. D. *de hæred. instit.*: en efecto, si se fija la atencion en la l. 36. §. 1. C. *de inoff. testam.* se verá que la legítima que allí se anticipa, no obstante el término fijado para la restitucion de la herencia á título de fideicomiso universal, no se recibe directamente, y si mediante restitucion hecha por el heredero fiduciario, esto es, en clase de fideicomiso, como indica el testo cuando dice, *quantæ quidem partis restitutionem* ect.; de consiguiente tenemos que no cambia el carácter de la disposicion paterna: ahora bien, tendriamos este cambio si quitáramos la condicion de la pupilar bajo la cual el hijo hubiese sido llamado, pues que desapareciendo el segundo grado, el hijo resultara llamado en el primero, l. últ. §. 1. D. *de vulg. et pupill.* allí, *sed si extiterit conditio*: estas y otras razones aduce Oldrad. lug. cit. Viene en confirmacion de lo mismo el que, si bien el testamento puede subsistir sucediendo el hijo en virtud de la tácita vulgar comprendida en la pupilar espresa, arg. l. 26. D. d. tít. y allí Bart.; esto se limita al caso que el póstumo sustituido á su hermano, halla al nacer purificada la condicion bajo la cual fué sustituido; pues entónces y no de otra suerte, podrá decirse que no ha sido preterido, l. 22. D. *de liber. et posth.* Empero, diga lo que quiera Oldrald., el cual en punto á la cuestion aquella de si la condicion casual ó mista bajo la que el hijo fué sustituido se desechará respecto de la legítima, sigue la opinion de los DD. antiguos en la l. 4. C. *de instit. et substit.*, en la l. 4. princ. D. *de hæred. instit.* y en d. l. 32.; viene en apoyo de la opinion manifestada al principio, d. l. 36. §. 1. C. *de inoff. testam.* de donde parece inferirse, que debiendo hoy dia dejarse la legítima á título de institucion, si el hijo es sustituido bajo cualquier condicion, se desechará esta y sucederá juntamente con el heredero instituido. — * Véase el apéndice al fin del tít. 8. de esta Part.

(63) Lo mismo debe entenderse del nieto y de cualquier otro descendiente que ocupe el primer lugar en la familia, dd. ll. 30. y 32. C. *de inoff. testam.*, y en la últ. v. Roderic. 4. ampliacion.: lo mismo tendremos respecto de los padres, y tambien en los hermanos cuando se les pospongа á persona de opinion dañada; tampoco pueden estos ser gravados en la legítima, Glos. en la Novel. 1. cap. 2. vers. *si vero expressum*, l. 3. §. últ. D. *si quis a parent. fuerit manum.*, Roder. en d. l. 32. ampli. 36., y pruébalo perfectamente la l. 6. de Toro.

(64) Por ahi se ve que se desecha toda condicion potestativa que grava la legítima, aunque dicha condicion sea de fácil cumplimiento; al paso que subsiste respecto de la parte en que la disposicion escede de la legítima. Es consiguiente que tambien se deseche la condicion *si quisiere*, cuando pesare sobre dicha parte. Bald. en d. l. 32., Juan de Imol. en la l. últ. D. *de condit. instit.* y en la l. 86. D. *de hæred. instit.* y Suarez en

las que acaescieren por auentura, o las que son mezcladas, segun diximos en las leyes ante desta, non las pueden poner. E si las pone, non empescen (65) al fijo heredero, maguer non se cumplan.

la l. 32. C. *de inoff. testam.* 5. y 6. ampliac.

(65) Sobre este punto véase Suarez en d. l. 32. amplia. 2., el cual entiende esta ley de Partida del caso en que el hijo es el único heredero instituido, á fin de que no se halle en oposicion con la l. 36. §. 1. C. *de inoff. testam.*: véase tambien Paul. de Cast. en la l. 4. princ. D. *de hæred. instit.* col. 2., quien pregunta que será del residuo de la herencia, desechada la condicion en cuanto á la legítima; y contesta que si al hijo no se le dió coheredero ni sustituto, le accrece dicho residuo, porque en todo caso debe corresponderle, cúmplase ó no la condicion: empero añade, si tuviere coheredero ó sustituto, á este corresponderá el residuo, si la condicion no se cumple, y cumpliéndose accrecerá al hijo, como veremos respecto del sustituto en parte puramente y en parte bajo condicion, l. 59. §. 5. D. *de hæred. instit.*: Si bien Suarez despues de haber alegado varias razones toma en este sentido nuestra ley de Part., parece haber quedado siempre en duda acerca la verdadera inteligencia de la misma; en efecto, dice que no intenta presentar su decision á manera de definitiva, y si solo para dar lugar á que otro mas perito la corrobore ó la corrija, añadiendo que este es punto de suma importancia en la práctica. Yo, aunque imperito, opino que semejante interpretacion no conviene á esta ley de Part., ya por tener el carácter de adivinacion, atendido que esta ley no dice que el hijo tenga ó no coheredero; ya porque la misma, de acuerdo con la cit. l. 4. y con otras del derecho comun, distingue entre la condicion casual puesta al hijo y la potestativa y mista; declarando en el primer caso no escrita la condicion en cuanto á la parte legítima, y subsistente respecto del residuo, conforme se prescribe por la cit. l. 32.; y desechando en el segundo la condicion así por lo que mira á la legítima, como en punto al residuo: hay mas, si esta ley debiese concretarse al supuesto que no se hubiese dado coheredero ni sustituto al hijo, no habia motivo para distinguir entre condicion y condicion, porque, cumpliérase ó no, el hijo era siempre el único sucesor. Luego esta ley ha debido referirse al caso que se haya dado sustituto ó coheredero al hijo; así pues queda en pie la dificultad nacida de la cit. l. 36. §. 1. donde se dice que la condicion casual ó mista no se tendrá por no escrita en cuanto á la parte que esceda de la legítima: podria contestarse, no sin fundamento, que la cit. l. y las demás del mismo tít. y en particular la l. 30., en la parte que disponen poderse dejar la legítima á título de fideicomiso, habrán sido enmendadas por el derecho novísimo, segun los DD. en dd. ll., atendido que la legítima debe dejarse á título de institucion, en virtud de lo dispuesto por la Nov. 115. cap. 3, y por la l. 5. tít. 8. de esta Part.; y que en virtud de estas leyes vuelve á revivir el derecho antiguo, á tenor del cual el hijo no podia ser instituido bajo condicion casual ó mista: así pues, aunque d. l. 36. §. 1. quede subsistente en cuanto dispone que semejante condicion se tenga por no escrita por lo que toca á la legítima, (de lo que no se separa la l. 9. de este tít., ni lo espuesto en ella) sin embargo, no puede negarse que á tenor del derecho novísimo romano y nuestras leyes de Part., no podrá el hijo ser instituido bajo condicion casual ó mista, sin hacer distincion entre la parte legítima y lo restante, segun se hallaba dispuesto por las leyes anteriores al Código; si bien que faltándose á la forma de la institucion en este punto el hijo sucedera como puramente instituido, tenga ó no coheredero ó sustituto: lo que no tendrá lugar por derecho de Partida es la accion de nulidad, sino que el hijo reclamará la herencia, como si ninguna condicion existiera. Así pues, debe tener cuidado el padre en instituir puramente al hijo en la parte legítima, y por ningun término bajo condicion casual ó mista: despues, si quiere, podrá instituir en el sobrante á un estraño; ó bien, si nombra heredero de todos los bienes al hijo, puede gravarle con la restitucion de dicho sobrante, ya sea pura, ya condicionalmente; puede tambien instituir al hijo en la legítima, y en lo restante bajo condicion casual ó mista dándole por coheredero, á un estraño, arg. l. 5. tít. 8. de esta Part. Ahora, si instituyese al hijo bajo una de dichas condiciones, así en la legítima como en el sobrante, ó simplemente, tendria lugar la disposicion de la ley que se comenta, aunque mediase coheredero ó sustituto; y quizas deberiamos decir lo mismo por derecho comun, contra lo que deciden Paul. de Cast. en d. l. 4., y Cyn. en la l. 4. C. *de institut.*, lo que siendo así, esta l. de Part. no haria mas que esplicar ó interpretar las de los códigos romanos; en efecto, dado que las condiciones de que se trata se tengan por no escritas en cuanto á la legítima, y que valga el testamento, segun Bart. y los DD., como dije en la l. 9. de este tít., era menester indicar que debia hacerse del sobrante, lo que, omitido por las leyes romanas, se declara por nuestra l. de Part. No obstan las ll. 27. y 33. D. *de hæred. instit.* pues que se refieren al caso que no se hubiese faltado á la forma de la institucion, por ser un estraño el nombrado: además, en el supuesto

LEY 12. *Como aquel que es establescido por heredero sin condicion ninguna, puede entrar la herencia, maguer la condicion que es puesta a su compañero, non sea cumplida.*

Si el testador (66) establesciere a dos omes por herederos, al uno so condicion que puede ser (67), e al otro simplemente, este atal a quien non fuese puesta condicion, luego que sea muerto el testador, puede entrar en sus bienes, en aquella parte en que le establescieron por heredero; e el otro que es establescido con la condicion sobredicha, non puede entrar (68) en la su parte, a menos de ser cumplida (69) primeramente la condicion, so que fue establescido por heredero.

LEY 13. *Como deuen ser cumplidas las condiciones, que son puestas en los establescimientos de los herederos ayuntadamente, o so departimiento.*

Ponen los testadores a las vegadas muchas condiciones a los herederos ayuntadamente: a las vegadas las ponen so departimiento. E ayuntadamente pueden ser puestas en esta manera, como si dixesse el testador: Establezco a fulano por mio heredero, si fiziere tal Eglesia, o tal Ospital, e diere tantos marauedis a pobres. Quando el testador pone tales condiciones (70) como estas, o otras semejantes dellas, todas en vno, estonce conuiene en todas guisas que las cumpla el heredero, para valer tal establescimiento. E el ayuntamiento destas condiciones se faze por * esta palabra, e (71). E las condiciones pueden ser pues-

de las cits. ll. y de la cit. l. 59. §. 5. D. *de hæred. instit.* la institucion es en parte pura y en parte condicional, y de consiguiente, como llevo dicho, no hubo defecto en la forma: otra cosa seria en la institucion del hijo, como lo declara perfectamente esta ley de Partida. Empero, si la condicion fuere potestativa, con razon deberá atenderse á si tenia ó no coheredero ó sustituto el hijo, por lo que mira al sobrante de la legítima, pues que la institucion no es defectuosa en la forma; y á esta clase de condiciones se refiere Imol. citado por Rodr. en la l. 86. D. *de hæred. instit.* col. 7. vers. *et hæc opinio tutior videtur*. Viene en apoyo de lo dicho la autoridad del insigne D. Anton. de But. consil. 69., donde asienta que la cit. l. 36. §. 1. no toca un punto al derecho antiguo en el caso que el hijo tenga la legítima á título de institucion; empero, el derecho novísimo estará de acuerdo con el antiguo en cuanto este disponia que el hijo instituido bajo condicion casual ó mista, entrase desde luego en posesion de toda la herencia, considerándose la condicion como no escrita, tuviese ó no coheredero ó sustituto; y no obstará la cit. l. 36, porque se refiere al derecho introducido por las constituciones de los emperadores, en virtud de las cuales bastaba que se hubiese dejado la legítima al hijo, aunque no fuese á título de institucion. En confirmacion de lo dicho puede añadirse que al parecer esta l. de Part. aprueba la opinion de Oldral. en d. l. 32., citada por Alber. allí mismo col. 1., á saber, que si el hijo es instituido bajo condicion casual ó mista, aunque lo fuere en el todo de la herencia, la condicion se tendrá por no escrita, por tener que quedar la legítima íntegra al hijo.—* Véase el apéndice al fin del tít. 8. de esta Part.

(66) Añád. l. 59. §. 6. D. *de hæred. instit.*

(67) Cual se define en la l. 1ª. de este tít.

(68) Añád. l. 13. D. *de acquir. hæred.*: limítese con lo dispuesto por las ll. 23. D. *de hæred. instit.* y 2. §. 1. D. *de bonor. posses. secund. tabul.*

(69) Si no se le fijó tiempo, puede cumplir la condicion cuando quiera, segun Azon en la Suma C. *de condit. insert.* col. 2. vers. *et si quidem*, donde contesta á la l. 29. D. *de cond. et demonst.* que parece obstar; añád. Bald. en la l. 4. C. *de instit. et substit.* vers. *quinto quœritur.* Si se fijó tiempo, antes que este concluya deberá la condicion cumplirse; este tiempo empieza á contarse desde la adicion de la herencia, l. 46. D. *de condit. et demonst.* —* Véase la glos. 37. junto con la adicion.

(70) Parece deducirse de aquí, que á fin de que deban cumplirse todas las condiciones puestas por el testador, no basta que las haya unido con partícula copulativa, sino que es menester además, que no tengan un fin idéntico; si lo fuere, esto es si el objeto es tal que resulte llenado con cualquiera de aquellas que se cumpla, bastará el cumplimiento de una sola; por ejemplo, si el testador dijese, si mi heredero falleciere sin hijos y se hiciere presbítero, nombro por sustituto á Juan; bastará, para que sea llamado Juan, que el heredero muera sin hijos, aunque no se hubiese ordenado de presbítero, atendido que el objeto único del testador fué prevenir un sustituto para el caso de morir sin hijos el instituido, Alex. consil. 100. vol. 4., Pedro de Anchar consil. 266, Roman. consil. 131. y 138. y Dec. consil. 89. y 417.

(71) Añád. l. 24. tít. 11. de la Part. 5ª. ¿Qué diremos de cuando á dos herederos se les ha dado copulativamente sustituto para al caso de la vulgar? ¿será llamado el sustituto por faltar uno de ellos ó es preciso que falten entrambos? Véanse Bart. y Dec. en la l. 4. C. *de impub. et aliis substit.* Si en vez de una institucion bajo dos

tas departidamente en esta manera, como si dixesse el testador: Establezco por mi heredero a fulano, si diere cient marauedis por mi anima, o si fiziere tal Eglesia, o tal Monasterio. E estonce dezimos, que abonda para valer tal establescimiento, si el heredero cumple alguna dellas (72). E el departimiento destas condiciones se faze por esta palabra, o. Otrosi dezimos, que si el testador pone vna condicion, sobre muchos omes que establesciesse por sus herederos; si qualquier dellos cumple (73) la condicion, valdra el establescimiento, maguer todos non lo cumplan. E esto seria, como si dixesse el testador: Establezco a mis sieruos por mis herederos, si fueren mios quando yo finare. Ca maguer estonce non fuessen suyos todos, si acaesciere que lo sea el vno (74), aquel heredara los bienes del testador, que era suyo a la sazon.

LEY 14. *Como deue el heredero auer la herencia, si non finco por el de cumplir la condicion, so que fue establescido.*

En manda, o en establescimiento del heredero poniendo condicion el testator, dezimos, que si la condicion fuesse atal, que es en poderio de aquel a quien es puesta, de la cumplir, si la non cumple por alguna ocasion que acaesce, de guisa que non finque por el de la cumplir, valdra el establescimiento (75) del heredero, o la manda.

ó mas condiciones reunidas copulativamente, hubiese dos ó mas instituciones de un mismo sugeto y ordenadas á continuacion, este será admitido á la primera condicion que se verifique, esto es á la parte de la herencia á que se refiera la condicion cumplida, l. 17. D. *de condit. instit.* Empero, si con algun intervalo se hubiese repetido la institucion de la misma persona y en igual porcion de la herencia, pero bajo condicion distinta, se entenderá que el testador quiso subrogar esta segunda disposicion en el lugar de la primera, y de consiguiente la condicion puesta en la segunda institucion será la única que deberá cumplirse, ll. 87. y 89. D. *de condit. et demonst.*, segun Paul. de Cast. en d. l. 17.; mas la Glos. y Bart. allí quieren que se distinga en este punto entre el legado y la institucion de heredero; á cuya opinion se inclina Juan Fabr. en el §. 6. Instit. *de hæred. instit.*

(72) Para la verdad de lo que se enuncia con partícula disyuntiva, basta que uno de los estremos sea cierto ó que se verifique, segun esta ley, y la l. 17. D. *de condit. instit.* junto con el §. 6. Instit. *de hæred. instit.*; á no ser que fuese otra la intencion del testador, como en el caso de la l. 6. princ. C. *de instit. et substit.*, sobre cuya ley véase á Rodr. en la alegat. 27. donde intenta probar que no tendría lugar dicha ley si fuese capaz el instituido; véanse además sobre la inteligencia de d. l. los DD. en ella, y en particular á Socin. consil. 52. vol. 1°.

(73) Síguese de aquí y de la l. 2. §. últ. D. *de condit. instit.* que la pluralidad se resuelve en varias singularidades, cuando ella tiende á distinto efecto en cada uno de los objetos; añád. l. 33. §. últ. D. *de condit. et demonst.* y l. 2. cit.: otra cosa seria si no se tuvo á la vista mas que un efecto, y en este sentido se entienden las ll. 4. y penúlt. C. *de impub. et aliis substit.*, segun Ang. en d. l. 33. §. últ.

(74) Añád. l. 2. §. últ. D. *de condit. instit.*

(75) Añád. l. 8. §. 6. D. *de condit. instit.* y la Glos. en la l. 1. C. *de instit. et substit.*, la que esceptua el caso de haber caido el heredero en mora de manumitir, cuando murió el esclavo, arg. l. pen. §. 1. D. *de condit. et demonst.* —*La doctrina de esta ley y de la ley 8. de ese mismo tít. de Part., conformes con él derecho romano, puede reasumirse en las siguientes reglas: 1ª. *Se considera cumplida cualquier condicion siempre que haya faltado por algun hecho de parte de aquel, á quien interesaba que no se cumpliese*, l. 81. §. 1. D. *de condit. et demonst.*: por ej. Ticio fué instituido heredero si dentro tanto tiempo subia al Capitolio, y se lo impidió el sustituto. — 2ª. *Se tendrá por cumplida la condicion mista, cuando faltó por parte de aquel en quien debia cumplirse; pero no si el cumplimiento deja de efectuarse por un caso fortuito*: por ej. la condicion de casarse con Mevia, impuesta al heredero, se tendrá por cumplida si hecha la proposicion de casamiento por el heredero, Mevia no consiente; mas no, si Mevia falleciese antes. — 3ª. *La condicion potestativa se tendrá por cumplida siempre que el heredero no hubiese dejado de hacer cuanto estaba de su parte para cumplirla*: por ej. se impuso al heredero la condicion de manumitir al esclavo Stico dentro dos años, y antes de espirar este plazo falleció dicho esclavo. La ley de Part. que se comenta no distinge en este punto: ella contiene la regla que acabamos de sentar, en los términos generales con que la hemos concebidos, con la circunstancia que la declara estensiva á las mandas; pero la l. 22. tít. 9. de esta Part. hablando de igual condicion impuesta al legatario, la tiene por cumplida cuando el esclavo muere, mas no cuando un tercero lo mata: esta falta de uniformidad entre las dos leyes de nuestro Código, pudo provenir de la divergencia de los glosadores sobre uno de los testos del derecho romano que se refieren á esta materia; véase d. l. junto con la glos.—4ª. *Si la condicion es casual, deberá realmente verificarse, para que la disposicion surta efecto*, l. 8. de este tít. Sin embargo, si el suceso

E esto seria, como si el testador dixesse: Establezco a fulano por mio heredero; o: Mandole tal cosa, si aforrare tal sieruo que ha. Ca si este atal ouiere voluntad de cumplir lo que el testador mando, e non finco por el, mas por alguna ocasion que acaescio en la persona del sieruo, muriendose, o perdiendose en otra manera, sin culpa (76) del que le deuia aforrar; por tal razon como esta non se embargaria el heredamiento, nin la manda, que assi fuere fecha. Pero si el testador, que faze el testamento, dixesse: Mando a tal muger cient marauedis; o, Fagola mia heredera, si casare con tal ome (77); si acaesciere que la muger se muera (78), o aquel con quien la

que forma el objeto de la condicion es tal que no se halle fuera del alcance de las fuerzas humanas, la condicion deberá tenerse por cumplida, á tenor de la regla 1ª. si impide el cumplimiento aquel á quien interesaba que no se verificase: por ej. el testador legó á Ticio el predio tusculano, bajo la condicion que dos años despues de admitida la herencia viviese su esclavo Stico, y esta condicion faltó por haber el heredero dado la muerte al esclavo. Véase sobre esta materia á Pothier en sus Pandectas, lib. 35. tít. 1º. nº. 111 y sigs.

(76) Parece probar esta ley que si un tercero matase al esclavo, la condicion se tendrá por cumplida, lo mismo que si el esclavo falleciese de muerte natural; así al parecer se infiere de aquellas palabras; *muriendose, ó perdiendose en otra manera, sin culpa*, etc.: de consiguiente cuando un tercero hubiese muerto al esclavo viviendo aun el testador, si bien el dueño no tendrá contra el asesino accion para pedir el valor de la herencia, la condicion se considera cumplida al efecto de reclamar la herencia misma: lo contrario sienta la Glos. en la l. 23. §. 3. D. *ad leg. Aquil.*, y en apoyo de ella viene la opinion general, pero lo que llevo antes manifestado, arguyendo por esta l. de Part., está conforme con la decision de Imol. y Socin. en la l. 31. D. *de condit. et demonst.* Sin embargo, si el esclavo hubiese sido muerto por un tercero durante la vida del testador, y es de responsabilidad el asesino, la condicion no se tendrá por cumplida, sino que el heredero se dirigirá contra el que mató al esclavo, para que le indemnize de la pérdida de la herencia, d. l. 23. §. 3. y allí la Glos.; si bien Socin. pretende que aun en este caso se tendrá la condicion por cumplida, sin perjuicio de darse accion al heredero contra el asesino del esclavo, como en pena, y cual si la condicion no se hubiese cumplido; Véase al cit. D. en d. lug.; pero por lo que mira á nuestro derecho, véase la l. 22. tít. 9. de esta Part. y lo que allí digo.

(77) Supóngase que el testador hubiese dicho: la nombro heredera, si fulano se casa con ella, ¿se tendrá por cumplida la condicion si el no verificarse el casamiento provino de que el sugeto designado no consintió? Parece que no, porque en tal caso la condicion recae en la persona de este, de cuya voluntad se hace depender en cierto modo el cumplimiento, arg. l. 41. D. *de contrah. empt.*; y así opinan Jacob. de Raven. y Cyn. en la l. 1. C. *de instit. et substit.* y Rafael Cum. é Imol. en la l. 31. D. *de condit. el demonst.*; empero la Glos. en la l. 23. §. 3. D. *ad leg. Aquil.* sostiene lo contrario: Alex. en d. l., si bien al principio defiende la opinion de la Glos., dice por fin que es mas segura la de Jacob. de Raven. Tal vez en las disposiciones de esta naturaleza deberiamos atender á cual de las dos personas tuvo principalmente por objeto favorecer el testador: si puso por condicion el matrimonio por el interés que le inspiraba la suerte de la muger que designó, parece que la condicion se tendrá por cumplida, adjudicándosele la herencia ó legado, siempre que por su parte hubiese estado dispuesta á casarse: por el contrario, si el hombre fué el objeto principal de la disposicion del testador, quien deseaba para la felicidad de aquel el enlace que indicó, entónces, si este no se verifica, no se considera cumplida la condicion, y la muger nada podrá reclamar, arg. l. 69. §. 2. D. *de leg.* 1. y la Glos. en d. l. 1. al princ. de la glos. magistral, donde dice que debe atenderse á si el testador hubiera ó no de otra suerte hecho la manda ó la institucion; hace tambien al caso la l. 84. al fin D. *de condit. et demonst.*

(78) Tenemos pues que si la condicion mista deja de cumplirse por un caso fortuito, no se tendrá por cumplida, l. 4. C. *de condit. insert.* y l. 31. D. *de condit. et demonst.* ¿Qué diremos si en parte se cumple y en parte falta? Véase la l. pen. §. 1. D. d. tít. Sobre el legado de la libertad y el que tiene por objeto alguna causa pia, véase la l. 94. D. d. tít.; y por lo que mira al legado de alimentos v. Bart. en la l. 34. D. d. tít. y la l. 20. D. *de annuis leg.* ¿Y si la muger halla obstáculo para el matrimonio, no de parte de la persona con la cual debia contraerlo, y si de parte de un tercero? la Glos. en la l. 2. D. *de condit et demonst.* citando la l. 3. §. últ. D. *de condic. ob caus.* equipara este caso á aquel en que la condicion falta por caso fortuito: Bart. en d. lug. distingue en esta forma; ó el tercero impide el matrimonio directamente, ó de un modo indirecto, ó se duda; véase al cit. D. así como á Juan de Imol. y Socin. col. 6. vers. 7. *casus*; véase además la l. 14. D. *de condit. et demonst.* la que hace bastante al caso, y la l. 13. princ. D. *de annuis leg.* y en entrambas el cit. Bart. Adviértase que la l.

mandaua casar, ante que se cumpla la condicion (79), estonce non vale el establescimiento, o la manda, que assi fuesse fecha. Mas si aquel con quien la mandaua casar, queriendo ella cumplir el mandamiento del testador, e el otro non quisiesse (80); estonce sera la muger heredera, o aura tal manda, e non se le embargara (81) por esta razon. E si la muger non quisiere cumplir la condicion, non queriendo casar con aquel con quien le mandaua el testador, non aura el heredamiento, nin la manda. Fueras ende, si aquel con quien la mandaua que casasse, fuesse pariente della, o tal ome, con quien non deuia, nin podria (82) casar segund derecho.

LEY 15. *En que manera se puede cumplir, o non la condicion que es puesta en el establescimiento de los herederos, que son en poder de otri.*

Sieruo alguno seyendo establescido por heredero de otri, que non fuesse su señor, so condicion; este atal non puede cumplir la condicion sin mandado (83) de su señor, e si la cumple non vale. Mas si otro alguno que fuesse libre, e menor de veinte e cinco años, maguer estouiesse en guarda de otro, si lo establesciesse algund testador por su heredero so alguna condicion, puedela cumplir sin mandado de su guardador (84); e aura porende (85) la heredad, o la manda.

LEY 16. *En que caso la condicion que es puesta en el establescimiento del heredero, vale, si la cumple de fecho, maguer estonce non se puede cumplir de derecho.*

Cumplir se pueden algunas condiciones ya de fecho, maguer se non pueden cumplir de derecho. E esto seria (86), como si dixesse el testador: Establezco a fulano ome por mio heredero, si el tornare libre tal mio sieruo que he. Ca maguer este atal, de derecho non puede tornar libre a aquel sieruo, porque es ageno; si el fiziere

13. se refiere al caso que el matrimonio no se verifica por no consentir el hombre con quien la muger debia casarse, caso que se halla ya decidido por esta l. de Part.: en el supuesto de la cit. l. 14. el impedimento proviene de una persona cuyo consentimiento era indispensable; impedimento muy distinto del que dimana del aquel cuyo consentimiento no debe esperarse, y que por lo mismo puede graduarse de caso fortuito; y así lo entiende Socin. Lo que llevo dicho debe entenderse bajo el supuesto que el tercero no obrase contra derecho; porque de lo contrario deberia recurrirse á la disposicion de la l. 23. §. 2. D. *ad leg. Aquil.* que espuse en la glos. 76.

(79) ¿Qué diremos si la disposicion no fuese condicional y si *sub modo*, y el cumplimiento de este faltase por caso fortuito? v. l. 29. §. 1. D. *de leg.* 1. y allí Bart. y Bald. en la l. 52. C. *de Episc. et Cleric.* col. 5. 6. y 7.

(80) ¿Habrá lugar al arrepentimiento por parte de este? Discuten este punto los DD. en la cit. l. 1. C. *de instit. et substit.*: la decision que nos parece arreglada es la de Socin. en la l. 31. D. *de condit. et demonst.*: Véanse los lug. cit. y adviértase, que si el casamiento se hubiese indicado bajo la forma de modo y no á manera de condicion, tendrá lugar el arrepentimiento, pudiendo entónces ser precisada la muger á que cumpla con lo ordenado por el testador, segun Bart. en la l. 40. §. 5. D. d. tít., v. Alex. consil. 102. col. 2. vol. 1.

(81) ¿La disposicion de esta ley y sus semejantes será aplicable á los contratos? Discordaron los DD. en la cit. l. 1. C. *de instit. et substit.*; la opinion que parece deberá seguirse es la negativa de Cyn. á la que subscriben allí Alex. col. últ. y Jason col. 3. quien dice ser la mas general.

(82) Añád. l. 63. D. *de condit. et demonst.*—* Nuestras leyes no hablan una palabra de la condicion *si no se casare*, condicion que por derecho romano se tenia por no escrita, siempre que se hubiese concebido en términos tàn generales: nuestra jurisprudencia va de acuerdo en este punto con las leyes romanas; véase sobre el particular á Sala en su Digesto, lib. 35. tít. 1°. nos. 12, 13. y 14.

(83) Concuerda con la l. 25. D. *de condit. instit.* á la que opone allí la Glos. la l. 5. D. *de condit. et demonst.*: la segunda solucion de la Glos. es la que parece aprobarse por nuestra l. de Part.

(84) Añád. l. 26. D. *de condit. instit.* y l. 5. D. *de condit. et demonst.*; entiéndase esto, de acuerdo con Bart. en d. l. 5., en el supuesto que el cumplimiento de la condicion no contenga la enagenacion de alguna cosa del menor; de lo contrario seria menester la autoridad del tutor ó curador.

(85) Si es hijo y heredero necesario no hay dificultad, como en el caso de d. l. 5. D. *de condit. et demonst.*, y así lo entiende allí Paul. de Cast.; faltando dichas circunstancias al heredero, si bien por sí solo podrá cumplir la condicion, necesitará de la autoridad del tutor ó curador para adir la herencia, l. 5. C. *de jur. deliber.* y l. 26. C. *de adminis. tutor.*

(86) Añád. l. 20. §. 1. D. *de condit. instit.*

re quanto es en el, e lo tornare libre, puede despues entrar la heredad del testador, e auerla: e por esta razon (87) sera verdaderamente libre el sieruo, e aura el otro la herencia.

TITULO V.

DE COMO PUEDEN SER ESTABLESCIDOS OTROS HEREDEROS EN LOS TESTAMENTOS, EN LOGAR DE LOS QUE Y FUEREN PUESTOS PRIMERAMENTE; A QUE DIZEN EN LATIN, SUBSTITUTOS.

Establescen sus herederos los omes en los testamentos, e ponen y condiciones, assi como mostramos en el titulo ante deste: e porque puede ser, que aquellos herederos que primeramente son puestos en el testamento, mueren ante que ayan fijos, o non cumplen aquellas condiciones, o aquellas cosas, que les mando el que fizo el testamento, tuuieron por derecho los Sabios antiguos que fizieron las leyes, que en vn mismo testamento pudiesse ome establescer herederos (1) de muchas maneras. Porque si los primeros muriessen, o non cumpliessen la condicion, e la voluntad del testador, entrassen otros en lugar (2) dellos, que lo fiziessen. E porende pues que de suso fablamos de los primeros herederos, queremos aqui dezir de los otros, a quien llaman en latin, Substitutos. E mostraremos, que quiere dezir esta palabra. E quantas maneras son de (a) establescimiento. E quien las puede fazer. E como deuen ser fechas. E que fuerza han. E en que tiempo desfallescen. E por que razon.

LEY 1. *Que quier dezir Substitutus, e quantas maneras son de sustituciones.*

Substitutus en latin, tanto quiere dezir en romance, como otro heredero que es establescido del fazedor del testamento en el segundo grado, despues del primero heredero. E esto seria, como si dixesse: Establezco a fulano por mio heredero, e si el non quisiere, o non lo pudiere ser, sealo fulano en lugar del. E tal sustitution como esta llaman en latin, vulgaris, que quier tanto dezir (3), como establescimiento que puede fazer qualquier del Pueblo, e a quien quisiere. Otra sustitution (4) y a, a que llaman en latin, pupillaris; que quier tanto dezir, como establescimiento que es fecho tan solamente al moço que es menor de catorce años, o a la moça que es menor de doze años. E otra manera y a de sustitucion, que es llamada en latin, exemplaris; que quier tanto dezir, como establescimiento otro de herederos, que es fecho a semejança del que es fecho al huerfano. E puedenlo fazer los padres e los abuelos, a los que descienden dellos, quando son locos, o desmemoriados, establesciendoles otros por herederos, si murieren en la locura. Otra manera y a, que es llamada en latin, compendiosa; que quiere tanto dezir, como establescimiento que es fecho por breues palabras. E aun y a otra sustitucion, que es dicha en latin, breuiloqua (5), o reciproca; que quiere tanto dezir como sustitucion que se faze breuemente en

(a) tal establescimiento: Acad.

(87) De consiguiente basta que la condicion se cumpla de hecho, sobre lo cual véase Bald. en la rubr. C. *de instit. et substit.* al fin, y en la l. 4. d. tít. col. penúlt. vers. *sed numquid ista conditio.* Si la condicion puede cumplirse de derecho, no bastará el cumplimiento de hecho, l. 32. D. *de solut.*, véanse los DD. en la l. 55. D. *de condit. et demonst.*

(1) No solo en las herencias, si que tambien en los legados puede tener lugar la sustitucion, l. 50. D. *de leg.* 2°. y l. únic. §§. 3. y 4. C. *de caduc. toll.*; la admiten tambien las donaciones por causa de muerte, d. l. únic. §. últ., y los contratos, l. 3. C. *de donat. quœ sub modo.*

(2) Llamaremos pues sustitucion en segundo ó tercer grado, la institucion de aquellos que son llamados para el caso que falte ó no admita otro: llámase institucion en segundo grado, considerándola respecto de la que le precede; y sustitucion, porque depende de un nombramiento anterior, l. 1. D. *de vulg. et pupill.*, l. 2. §. 4. vers. *primo gradu* D. *de bonor. possess. secund. tabul.*, Azon en la Sum. C. *de instit. et substit.* y l. 1. de este tít. de Part.

(3) Por aquí se ve que se llama vulgar, porque puede cualquiera ordenarla, l. 11. §. 5. D. *ad leg. Falcid.*; sea militar, sea paisano, tenga ó no los derechos de patria potestad sobre el instituido, sea varon, sea hembra el que la dispone, poco importa, con tal que no tenga incapacidad para testar, Azon en la Sum. C. *de impuber. et aliis substit.* y §. últ. Instit. *de vulg. substit.* junto con esta l. de Part.

(4) Enumera aquí la ley las diferentes especies de sustitucion, de lo que se ocupa la Glos. en la rubr. D. *de vulg. et pupil.* y en el §. 1. Instit. *de pupil. substit.* y la Glos. en el cap. *Rayuntius*, *de testam.* glos. 4.

(5) Tenemos aquí que la brevilocua es una especie de sustitucion, distinta de los demás. La Glos. en el cap. *Rayuntius*, *de testam.* no la cuenta como tal: Socin. en la rubr. D. *de vulg.*

pocas palabras; en la qual se contienen quatro sustituciones, e las dos son vulgares, e las dos pupillares. Otra manera y a de sustitucion, a que dizen en latin, fideicommissaria (6). E de cada vna destas maneras de sostituciones diremos adelante cumplidamente.

LEY 2. *Como la sustitucion que que es llamada vulgar, se faze por palabras de niego, e a las vegadas calladamente.*

Claramente se faze la sustitucion, que es llamada vulgaris, por palabras negatiuas (7) en esta manera, como si dixesse el testador: Establezco a fulano por mio heredero (8), e si el non lo fuere, fago mio heredero a fulano. Ca, si muriesse aquel que fuesse establescido primeramente (9), ante que ouiesse tomado la heredad, o se aya otorgado por heredero, sera heredero el segundo (10). Esso mismo seria (11), si fuesse biuo, e non quisiesse recebir la herencia, o la desechasse (12). E aun calladamente (13) se podria fazer tal sustitucion, como si el testador nombrasse dos omes por sus herederos, diziendo assi: Que qual

et pupill. concluye que no es una especie de sustitucion distinta de las otras, atendido que viene á parar á la vulgar y pupilar, ó á la vulgar tan solo, segun Bart. en la l. 45. D. d. tít. col. 1.: en la forma no hay duda que constituye una nueva especie, distinguiéndose de la simple vulgar; 1°. en cuanto necesariamente ha de tener por objeto dos ó mas herederos, al paso que la simple vulgar puede dirigirse á uno solo; 2°. en que esta es siempre del todo espresa ó del todo tácita, mientras que la brevilocua es siempre espresa en términos generales.

(6) Llamaremos pues sustitucion á la fideicomisaria, segun este ley y la Glos. en el §. últ. Instit. *de pupill. substit.*, donde, apoyándose en el mismo testo, coloca abiertamente entre las sustituciones la de que se trata. Puede de esto partirse para resolver la cuestion sucitada por los DD., á saber, si en las leyes, bajo la palabra sustitucion vendrá comprendida la fideicomisaria, sobre lo cual véase Socin. en la rubr. D. *de vulg. et pupill.*

(7) Háliase de acuerdo con lo que dice Azon en la Suma C. *de impuber. et aliis substit.* col. 1. y con la Glosa en el §. 1. Instit. *de pupill. substit.*: empero la Glos. en el cap. *Raynutius, de testam.* califica en semejante caso de afirmativa la fórmula: puede calificarse ya de afirmativa, ya de negativa, segun el estremo al que se apliquen las palabras, segun Bart. en la l. 1. D. *de vulg. et pupill.* col. 4. vers. *ùlterius quæro*, en lo que convienen generalmente los DD.

(8) Si dijese, *te ruego restituyas la herencia á Ticio*, ¿será tambien vulgar la sustitucion? Así opina Bart. en la l. 19. D. *de testam. milit.*: empero, esceptúese el caso que el testador hubiese dicho, *te ruego que la restituyas en virtud de fideicomiso;* pues que tendriamos entónces una sustitucion fideicomisaria, y de consiguiente al heredero podria precisársele á adir la herencia y á restituirla; y en estos términos procederá la decision de Guillel. de Cug. en la l. 8. C. *de impub. et aliis subst.*, segun Socin. en la l. 1. D. *de vulg. et pupill.* col. 15.: v. Bald. en la l. 9. C. *de impub. et aliis subst.* col. 12.

(9) Lo mismo tendremos si premuere al testador, l. 26. D. *de vulg. et pupill.*, l. 41. §. 16. D. *de fideicom. libert.* y la Glos. y Bart. en la l. 29. §. 1. D. *de liber. et posth.*

(10) Al cual se le adjudicará la herencia junto con los frutos, los que son un accesorio de la misma, l. 27. §. 1. D. *ad Trebell.* y l. 15, al fin D. *de vulg. et pupill.* y allí Ang. y los DD.

(11) Tenemos aquí que la espresion general *si no fuere heredero*, comprende así el caso que no quiera, como el caso que no pueda serlo; añád. l. 3. C. *de hæred. instit.* Sin embargo, algunas veces dicha espresion comprende tan solo el caso que el instituido no quiera ser heredero, y no el de impotencia, como en el supuesto de la Gloss. en la l. 33. §. 1. D. *de vulg. et pupill.*; la razon la da allí Bart. Adviértase que la sustitucion hecha para uno de estos casos de no querer ó no poder comprenderá el otro, l. 29. §. 5. D. *de liber. et posth.*, l. últ. C. *de instit. et substit.* segun la leen Rayner y Bart., y el mismo Bart., al cual siguen los modernos, en la l. 1. D. *de vulg. et pupill.* col. 4. vers. *hoc præmisso quæro*, donde Socin. indica once limitaciones desde la col. 11. hasta la 15., véasele, así como á Alex. y Jason, y á Guill. Bened. en la repet. al cap. *Raynutius, de testam.* sobre la cláusula *si absque liberis moreretur*, la 2. fol. 4, 5. y 6.—* Las ll. que cita aquí Greg. Lopez distan mucho de probar que en el caso de no querer, venga comprendido el de no poder, y vice-versa: lo único que se deduce de la l. 29. D. *de liber. et posth.* es que, segun las circunstancias, bajo la espresion de un caso especial de no poder, vendrán comprendidos otros de la misma especie, cuando se trate de la interpretacion de una ley; además véase la l. 10. d. tít., la que prueba claramente que la espresion de un caso hecha por el testador, no se estiende á los demás aunque sean de la misma especie.

(12) Será pues admitido el sustituto al momento que repudiere el instituido, aunque pudiese tener la restitucion por entero contra la repudiacion, Bart. en la l. 1. D. *de vulg. et pupill.* 4. cuest., col. 5., y aun cuando en calidad

quier (b) dellos, nombrandolos, el que fuesse biuo, que aquel fuesse su heredero; estonce dezimos, que si fuessen biuos amos, auran la heredad. E si el vno moriere tan solamente, auerla ha el otro que fuere biuo. E esto es, porque en tal establescimiento como este se entiende calladamente, que si el vno es muerto, o si fuere biuo, e non quisiere la herencia, el otro entrara en su lugar, e la deue auer toda.

(b) de los nombrados, el que fuese vivo, Escurialense 2.

de suyo heredero pudiese mudar de parecer dentro los tres años, á tenor de la l. últ. C. *de repud. hæred.*, Bart. en la l. 3. D. *de acquir. hæred.*; v. Socin. en la repet. á d. l. 1. fol. 4. col. 4. vers. *circa primam quæstionem.* Pero ¿la persona á la que el heredero ha transmitido el derecho de deliberar, escluirá al sustituto? Bart. en d. lug. opina que el derecho del transmisario es mas preferente que el del sustituto, y esta opinion es la general, si bien la cuestion no deja de quedar dudosa, segun Alex. y Socin. en d. lug. [Vinio en los coment. al §. 4. Instit. *de vulg. subst.* se decide á favor del sustituto, apoyándose en razones que nos parecen de mucho peso; véase lo que decimos en la adicion á la glos. 20.] ¿Qué dirémos si el heredero que repudia es un hijo de familias? ¿será admitido el padre ó el sustituto? Bart. se decide por el padre, arg. l. 2. C. *de bon. quæ liber.* y en d. l. 1. col. 6, y su opinion es allí generalmente admitida por los DD., y así opina la Glos. en el princ. de d. l. 2. sobre las palabras *recusante filio* [Vinio, lug. arriba cit. decide tambien en este caso á favor del sustituto]. Empero, si el hijo falleciere antes de la adicion de la herencia, el sustituto será admitido escluyendo al padre, segun Bart. y la generalidad de los DD. en d. l. 1.; sin embargo deben admitirse siete escepciones que pueden verse en Socin. lug. cit. chart. 7. col. 4. y princ. sig. ¿El fideicomisario será preferido al sustituto vulgar, renunciando el instituido? Bart. en d. lug. opina por el fideicomisario en el caso que se hubiese repetido el fideicomiso en la sustitucion; pero nosotros opinamos por el fideicomisario sin distincion de casos, de acuerdo con Imol. en la l. 36. §. 13. D. *ad Trebell.* fundándose en el mismo testo, y allí sientan lo propio el mismo Bart. y Alex.: es opinion general que el derecho de restitucion es preferible al de sustitucion, Socin. lug. cit. col. 1. chart. 8. vers. 6. *quæstionem Bart.* Si el heredero fuese indigno, el fisco escluirá al sustituto, Bart. lug. cit. col. 6., y su opinion es la general: lo contrario deberá decirse cuando el heredero sea incapaz, segun los DD. en la l. 1. C. *de hæred. instit.*; así como, si el indigno hubiese fallecido antes que el testador ó bien antes de la adicion de la herencia, no mediando fraude, Socin. y otros DD. modernos fol. 4. col. 2. vers. *circa* 7. *quæstionem Bart.*: tambien será preferido el sustituto, si el heredero repudia antes de caer en la nota de indigno, l. 23. D. *ad Sillanian.*; y cuando el sustituto fuese especialmente llamado para lo que no pudiese percibir el instituido, segun Ang. en la l. 2. C. *de hæred. instit.* fundado en el testo, y el mismo, en la l. 62. D. d. tít.: síguenle los DD. modernos. — * Parece que tambien será preferido por derecho de Partida, el sustituto al fisco, siempre que la causa de indignidad sea una de las que marca la l. 17. tít. 7. de esta Part.; porque, si entónces son antepuestos al fisco, ora los herederos legítimos, ora los testamentarios, ora el pupilo, segun sea el caso, parece que con mayoría de razon deberá serlo el sustituto si existe.

(13) Hallamos este mismo ejemplo de sustitucion vulgar tácita en la l. 24. y sig. D. *de hæred. instit.*; tenemos otro ejemplo de vulgar tácita, esto es comprendida en la pupilar espresa, en la l. 4. princ. D. *de vulg. et pupill.* y en la l. 4. C. *de impuber. et aliis substit.*, Bart. en la l. 1. D. d. tít. col. 3. [Parécenos indudable por derecho romano, pero nuestra ley calla en este punto, mientras que mas abajo es esplícita en cuanto á la pupilar tácita comprendida en la vulgar espresa: sabido es que en esta materia discordaron los DD. y que hubo algunos de no escasa nombradía que sostuvieron lo que esta ley de Part. parece aprobar con su silencio, á saber que la pupilar espresa no comprendia la vulgar tácita.] Estinguida la pupilar espresa por haber premuerto el hijo á su padre, desaparecerá tambien la vulgar tácita, arg. l. 11. D. *de captiv. et postlim.* y allí Bart.; así opina Paul. de Cast. consil. 13. vol. 1. en la primera duda, vers. *venio nunc ad quintum dubium*, donde esceptua el caso de la tácita vulgar comprendida en la compendiosa ó en la recíproca; v. Bart. en la l. 1. D. *de vulg. et pupill.* col. 2. vers. 2. *principaliter quæro*, y col. 8. vers. *ulterius quæro*, Guilliel. en la repet. al cap. *Raynutius* sobre las palabras *si absque liberis moreretur* fol. 5. col. 2. vers *sed dubitatur apud* DD. y Socin. fol. 14. col. 1 y 2. ¿Si la pupilar espresa se estinguiere por emancipacion del hijo, desaparecerá tambien la tácita vulgar? Bart. opina afirmativamente en d. l. 1. col. pen. vers. *ulterius quæro.* ¿Qué dirémos si el hijo llegase á la pubertad? V. Bart. en d. lug. ¿y si se dió sustituto pupilar al que estaba ya en la adolescencia, tambien se contendrá en esta sustitucion la vulgar tácita? V. Bart. lug. cit. Adviértase que si bien se quita la suidad por medio de la sustitucion vulgar espresa, arg. l. 16. D. *de liber. et posth.*, no tiene igual fuerza la tácita, segun la

LEY 3. *Quando muchos herederos son establescidos en el testamento, e sustitutos entre si, quanta parte acresce a cada vno dellos, si alguno dellos non quisiere ser heredero.*

Si algun testador (14) establesciesse tres omes por sus herederos; al vno en seys onças, e al otro en quatro, e el otro en dos; en tal manera (15), que si alguno dellos muriesse ante que entrasse la heredad, o non la quisiesse, que los otros (16) heredassen en lugar del; estonce dezimos, que si alguno dellos non quisiesse ser heredero, o se muriesse ante que tomasse su parte de la herencia, estos dos que fincassen biuos, deue cada vno dellos heredar los bienes del señor, que les fizo sus herederos, e la parte del otro, segund la quantia (17) en que el testador los establescio primeramente por sus herederos.

opinion general de los DD. en d. l. 16. en la l. 12. D. *de vulg. et pupill.* y en la l. 11. §. 1. D. *ad trebell.* — * Tenemos otra especie de sustitucion vulgar tácita, cuando al sustituto se le ha dado tambien sustituto; en efecto, este se entiende tácitamente sustituido al primer instituido, ll. 27 y 41. D. *de vulg. et pupill. subst.*

(14) Concuerda con la l. 8. §. últ. D. *de vulg. et pupill.* con la l. 24. d. tít. con la l. 1. C. *de impuber. et aliis substit.* y con el §. 2. Instit. *de vulg. et pupill.*

(15) Si bien el ejemplo es de sustitucion directa, lo mismo tendrá lugar si fuese fideicomisaria, l. 78. §§. 4 y 5. y l. 23. D. *ad trebell.*

(16) No espresa si el testador los sustituyó señalándolos por sus nombres propios ó por nombres apelativos: la l. 24. D. *ad trebell.* distingue en este punto, así como la glos. y la generalidad de los DD. en la l. 1. C. *de impub. et aliis subst.* y allí Salic. vers. 3. *casu principali*, donde dice llamarse apelativos todos los nombres que no fueren propios; por ej. si dijese el testador, *os sustituyo á vosotros recíprocamente*, ó bien *le sustituyo á su hermano*, d. l. 78. §. 5. D. *ad trebell.*; y la razon de diferencia, segun Fulgos. en d. l. 1., consiste en que los nombres propios se espresan uniéndolos con partícula copulativa, la que indica division por iguales partes, l. 11. §. 1. D. *de duob. reis* y l. 1. C. *si plures una sentent. fuer. condem.*; de lo que se infiere, en la opinion de Decio y otros DD. modernos, que habiendo de otra parte igualdad en la espresion, no hay diferencia entre los nombres propios y los apelativos, en estos términos decide Cuma. en la l. 54. §. últ. D. *de leg.* 1.: así pues, de cualquier modo que sean indicados los herederos en la cláusula de sustitucion recíproca, mientras que se les nombrare copulativamente, sucederán en partes iguales, cesando la disposicion de esta ley de Part., lo que es muy notable; sin embargo, como rarísima vez se emplea la partícula copulativa para los nombres apelativos, por esto la ley distingue entre nombres y nombres: tenemos, pues, que si el testador dijo, *faltando el heredero nombrado en primer lugar, le sustituyo el primer heredero y el segundo*, sucederán por partes iguales, en virtud de la sustitucion, no obstante ser indicados con nombre apelativo: y que al contrario, se distribuirán la parte del que faltó, con proporcion á lo que cada uno recibió á título de institucion, si el testador hubiese dicho, *cuyos herederos, á saber Pedro y Juan les sustituyo*, pues que entónces falta la partícula copulativa en la espresion *cuyos herederos*, con que principalmente se les designó; esta es la opinion de Bald. en d. l. 1.: lo mismo tendrémos si en los nombres propios faltare dicha partícula, como habiendo dos de los herederos que llevasen el nombre de Antonio, hubiese dicho el testador, *cuyos Antonios sustituyo á Pedro*, *caso que faltare*, Jas. en d. l. 1. La diferencia entre los nombres propios y los apelativos tiene lugar en los herederos, mas no en materia de legados, arg. l. únic. § 8. C. *de caduc. toll.* y allí la Glos. en la parte *pro virili*, á la que siguen Alex. y Jas. en d. l. 1. y el mismo Alex. en d. l. 23. D. *ad trebell.*; véase tambien la decis. Napolit. núm. 309. — * Sobre la sustitucion vulgar recíproca, conviene no perder de vista las siguientes reglas: 1.ª *Solo se entienden sustituidos aquellos que fueren herederos del testador*: de consiguiente, si uno de ellos falleciere, aunque sea despues de haber adido, no será llamado su heredero en fuerza de la sustitucion, l. 23. D. *de vulg. et pupill.*; 2.ª *si la sustitucion recíproca está concebida en términos generales, no se entienden llamados aquellos herederos, á quienes el testador les sustituyó por separado recíprocamente*, l. 41. §. 5. d. tít.: 3.ª *Cuando de los herederos los haya algunos que sean conjuntos, á la parte de uno de estos que falte, será esclusivamente llamado su compañero conjunto*,: d. l.: 4.ª *Si los herederos han sido recíprocamente sustituidos, junto con una persona estraña, esta llevará una parte viril.* l. 32. d. tít.: véase Pothier en sus Pandectas. lib. 28. tít. 6. n.º 10 y siguientes.

(17) Esceptúase el caso que las cargas impuestas respectivamente á los herederos hagan presumir que fué otra la intencion del testador, l. 23. D. *ad trebell.* y l. 7. §. últ. D. *de reb. dub.* Esceptúese tambien el caso de la l. 41. §. 4. D. *de vulg. et pupill.*, sobre el cual véanse allí los DD., Alex. consil. 66. vol. 2. y Dec. consil. 186 y 304. Por fin, nos separarémos de la regla general sentada por esta ley de Part., siempre que constare ser otra la voluntad del testador: un ejemplo tenemos en la cuestion que trata Bart. en la l.

LEY 4. *Por que razones desfallesce la sustitucion que es llamada Vulgar.*

Desfallece la sustitucion que es llamada en latin, vulgaris (18), cada que aquel que es establescido por heredero primeramente, entra la heredad (19) del testador, ante que muera (20); o si consiente, otorgando, e diziendo que quiere ser heredero, maguer non la tome. Ca estonce el sustituto non ha derecho ninguno en los bienes del muerto, en que fuesse establescido el primero heredero; maguer este que primeramente fue establescido, muriesse despues; esto se prueua (21) por las palabras del testador, que dize: Establezco a fulano por mio heredero, e si el non lo fuere, fago mio heredero a fulano. E por ende, pues que el primero heredero entra la heredad (22), o quiere ser heredero, non ha por que lo ser el sustituto, maguer muera el primero despues.

LEY 5. *De la sostitucion que es llamada Pupillaris, como deue ser fecha.*

Pupillaris es llamada en latin, otra manera que ha de sustitucion, segund que de suso (23) diximos. E fazenla los padres (24) a los fijos (25) e a

últ. D. *ad trebell.* sobre el caso de ser instituidos simplemente los hijos varones, y en cosa determinada la hija; véase al mismo en la l. 45. D. *de vulg. et pupill.* col. penúl. vers. *sed quæro circa hoc de pulchra quæstione*: en lo dicho puede fundarse que las prohibiciones y gravámenes que se dirigen al primer llamado á un mayorazgo, deberán entenderse repetidos en el sucesor; v. l. 13. princ. D. *de alim. et cibar. legat.*, ll. 28 y 29. D. *de adim. legat.* y l. 77. §. 15. D. *de legat.* 2.

(18) Sin embargo, si el testador fuese militar y testare usando del privilegio de los de su clase, podria tambien ordenar la sustitucion directa para despues de adida la herencia, l. 15. D. *de vulg. et pupill.*; á esta sustitucion la llama militar Alexand. en la l. 6. C. *de testam. milit.* Pueden tambien hacerla cuantos gozan del privilegio de los militares, como los profesores que enseñan en univesidad aprobada, los abogados y los sacerdotes, segun Guilliel. Benediet. en la repet. al cap. *Raynutius*, *de testam.* fol. 17. col. 3. en la parte *si absque liberis moreretur*, la 2ª.; en la col. 4. véase el caso en que la sustitucion se ordene á favor de causas piadosas.

(19) Egerciendo actos de heredero. Nótese que por la adicion del heredero en primer grado caduca la sustitucion en todos los grados, lo que parece probarlo esta ley, así como las ll. 77. D. *de hæred. instit.* y 32. §. últ. D. *de vulg. et pupill.* ¿Y si uno de los herederos instituidos admite, caducará la sustitucion respecto de todos, si el sustituto fué nombrado para todos? V. Bart. en en la l. 1. princ. D. d. tít. col. 11. y allí latamente Socin., el cual examina diferentes casos, fol. 17. col. vers. *circa secundam quæstionem* Bart.—* Véase la l. 4. C. *de impub. et aliis subst.* y la l. 30. D. *de vulg. et pupill.* las que prueban á favor de los coherederos.: sin embargo, considerada con detencion la cit. l. 30. y en particular la l. 78. §. 7. D. *ad Trebell.*, se vé que los jurisconsultos romanos vacilaron en este punto.

(20) Si falleciese antes de la adicion de la herencia, seria admitido el sustituto; á no ser que el instituido transmitiese el derecho de adir á su heredero, en cuyo caso seria este preferido al sustituto, como dije en la glos. 12.—* Esta ley dice, que desaparece la sustitucion vulgar cuando el instituido ade la herencia espresa ó tácitamente antes que muera; luego, *á sensu contrario*, si el instituido muere sin haber adido, la sustitucion subsiste, y de consiguiente el sustituto deberá ser preferido al heredero del instituido. Mas, estas palabras *ante que muera*, las que son aquí redundantes, contribuyen á persuadir que los copiladores de las Partidas quisieron resolver á favor del sustituto, la cuestion sucitada por los DD.: en efecto, parece que quisieron decir, que tan solo la adicion del heredero podía escluir al sustituto, y por ningun término la del sucesor de aquel, aunque hubiese fallecido mientras deliberaba.

(21) Dice Azon en la Suma C. *de impub. et aliis substit.* princ. col. 2. que esto está al alcance del vulgo ignorante.

(22) ¿Qué diremos si uno hubiese sido instituido en el usufruto, dándole sustituto para el caso de la vulgar? ¿entrará el sustituto, si el instituido admite y luego muere? Véase Alex. el cual opina que no en la l. 1. princ. D. *de vulg. et pupill.* col. 14., fundado en la l. 1. §. últ. D. *de usufruct. accres.*

(23) En la l. 2. de este tít.

(24) La madre no puede sustituir pupilarmente por carecer del derecho de patria potestad, l. 33. D. *de vulg. et pupill.* ¿que diremos del padre que entró en alguna religion, y hace testamento á favor de sus hijos, á tenor de la auth. *si qua mulier* C. *de sacros. eccles.* y de la 17. tít. 1. de esta Part.? ¿podrá en tal caso sustituir pupilarmente? El Specul. tít. *de statu monachor.* vers. 14. dice simplemente que no, atendido que el religioso no tiene los hijos bajo su poder, y lo mismo decide Bald. en la auth. *ingresi* C. d. tít. col. 2. y en la cit. auth. *si qua mulier* col. 5. vers. 5. *quæritur*, donde dice que el religioso podrá disponer la sustitucion fideicomisaria, la compendiosa y la ejemplar y cuanto diga respeto á semejantes sustituciones. Adviértase que aun

cuando tenga el padre el poder patrio de derecho, no podrá sustituir pupilarmente, si fuese persona vil; porque, así como se le priva de la administracion de los bienes durante su vida, se le deniega la facultad de disponer al momento de la muerte, segun Bart. en la l. 17. §. 11. D. *de injur.* y Bald. en la l. 9. C. *de impub. et aliis substit.* col. 7. vers. 7.: nótese que segun Alex. y Jas. en la l. 2. D. *de vulg. et pupill.* la opinion general está en contra de Bart.; sin embargo, la decision de este D. puede sostenerse en dos casos, sobre los cuales véase Juan de Imol. en el cap. *Rayuntius, de testam.* y en d. l. 2. y allí Alex. Si se diere sustituto pupilar á un estraño, la disposicion podrá sostenerse en calidad de sustitucion vulgar tácita, Bart. en d. l. 1. princ. D. *de vulg. et pupill.* y Bald. en la l. últ. C. *de instit. et substit.* col. últ. Podrá el padre, aunque sea un miserable mendigo, dar sustituto pupilar á su hijo por cuantiosos que sean los bienes de este, Bald. en la l. 1. C. *de jur. fisci.*

(25) Entiéndase de los legítimos y naturales, Instit. princ. *de pupil. subst.* y l. 2. D. *de vulg. et pupill.* y allí Bart. col. 1.; y tambien de los meramente legítimos, por ej., de los arrogados, l. 22. D. *de adopt.* y l. 10. §. 6. D. *de vulg. et pupill.*; pero no del hijo adoptivo, cuando no cae bajo el poder del adoptante; v. §. 2. Instit. *de adopt.* y l. 10. C. *de adoptiv.* Tampoco podrá dar sustituto pupilar á los hijos naturales, l. 45. D. *de vulg. et pupill.*, y en general, á los ilegítimos, á no ser que fueren legitimados, antes ó despues de la muerte del padre, con tal que sea con el consentimiento del mismo, segun Bart. en d. l. 29. §. 5. D. *de liber. et posth.*, Juan de Imol. y Jas. en d. l. 2. D. *de vulg. et pupill.*, siguiendo á Bart. allí col. 5. y Socin lug. cit.

(26) Esto es, á los nietos, viznietos y demás descendientes que estuviesen bajo el poder del abuelo, segun el derecho comun y las ll. de Part. por las que, no librándose el hijo de la patria potestad en virtud del matrimonio, sus hijos estaban bajo el poder de su abuelo, Instit. §. 1. *de patr. potest.*, §. 3. *de tutel.* y princ. tít. *quib. mod. jus patr. potest. solvit.* l. 5. C. *de condit. insert.*, l. 1. §. 9. D. *de injur.* y en las dos Bart. y l. 1. tít. 18. Part., 4.; advirtiéndose que sin embargo de caer bajo el poder del marido la hija que se casara, quedaba subsistente la patria potestad respecto de la misma, l. 11. C. *de nupt.* y allí Bald. Empero, hoy dia el matrimonio libra al hijo de la patria potestad. l. últ. tít. 11. lib. 1. y l. 1. tít. 9. lib. 3. del Fuero, Palac. Rub. en la repet. á la rubr. *de donation. inter. vir. et uxor.* y mas claramente la l. 47. *de Toro*: de consiguiente el abuelo no podrá dar sustituto pupilar al nieto ni á los descendientes de ulterior grado. La cit. l. exige que el hijo sea velado, es decir que deberá haber recibido la bendicion solemne con arreglo á lo prevenido en el cap. *nostrates*, en el cap. *fœminæ* 30. q. 5. y en el cap. *vir autem*, *de secund. nupt.* y en la l. 2. tít. 12. de la Part. 4.: así opinan algunos glosadores de las ll. *de Toro*, fundados en que la l. cit. exige el matrimonio y la velacion, espresando estas dos circunstancias con partícula copulativa. Sin embargo, atendido que ni las citadas ll. del Fuero, ni el Ordenamiento de Sepulveda, ni la costumbre, ni la práctica requerian la circunstancia de la velacion, siempre sospeché que las palabras *y velado* (de ninguna utilidad, y por el contrario un semillero de pleytos, como me dijo en mi juventud un varon muy docto) se habian puesto con el único objeto de manifestar el fundamento de la disposicion; en efecto, pudo muy bien fundarse en que el hijo casado pasa á vivir separado de la casa paterna, alimentándose de sus bienes propios; ahora, como esto no suele verificarse hasta recibida la bendicion solemne, no seria estraño que la ley de Toro hubiese añadido *y velado* como para espresar el momento en que de ordinario se verifica la separacion dicha, interpretando de esta suerte las leyes del Fuero, de conformidad con la antigua costumbre; y para que nadie pensara que los meros esponsales de presente, sin separarse el hijo de la casa paterna, estinguian el poder del padre. Viene en apoyo de esto el que por derecho comun, si el hijo al casarse se establecia separado de su padre, adquiria para si los frutos del adote, toda vez que él soportaba las cargas del matrimonio, l. 56. §. 1. D. *de jur. dot.*; y que al contrario los percibia el padre, si alimentaba al hijo y á la nuera en su casa, segun Bald. novel. trat. *de dote* fol. 19. col. 1. No obstante, atendida la disposicion de la cit. ley de Toro, opino, que siendo el hijo casado y velado, quedaria libre de la potestad patria, aunque permaneciese en la casa paterna; porque aun cuando moviera al legislador la idea de la separacion, no deja en este caso de comprenderle al hijo la disposicion de la ley, arg. l. 5. D. *de legib.* y lo anotado por la Glos. y DD. en la l. 1. §. 5. vers. *origo* D. *de postul.* Opino tambien, que probando el matrimonio del hijo, y que este ha pasado á vivir junto con su muger, fuera de la casa paterna, habria bastante para que se considerase disuelto el vínculo de la patria potestad; en efecto, parece que probados semejantes hechos deberá presumirse la velacion, atendido que de ordinario precede al acto de salir de la casa del padre el hijo casado; y que en esta materia procede el argumento sacado de lo que comunmente sucede, Bald. en la l. 10. C. *de probat.* col. 1. y en la l. 10. C. *de jur. dot.* y Socin. consil. 213. vol. 2. col. antepen. y consil. 249. al fin de d. vol., mayormente cuando el hecho fuese antiguo, segun lo anotado en la l. 30. D. *de verbor. oblig.* y latamente Felin en el cap.

los que descienden dellos (26) por la liña derecha, si fueren en su poder (27), seyendo ellos de aquella edad (28) que diximos de suso, en la ley que fabla en esta razon. E puedese fazer tal sustitu-

sicut, de re judic. Tambien en mi opinion quedará libre de la patria potestad, el hijo ó hija á quien el padre con motivo del matrimonio que fué seguido de la bendicion solemne, hizo donacion de todos sus bienes; aun cuando el padre permaneciese en la misma casa y siguiera en la administracion del patrimonio objeto de la donacion; porque, si bien el hijo vive con el padre, es mas bien como dueño, que á manera de súbdito. No obstante, aun despues de la ley de Toro podria en algun caso el abuelo sustituir pupilarmente al nieto, á saber si hubiese sido concebido viviendo el hijo junto con su muger en la casa paterna y antes de haberse verificado la solemnidad de las velaciones; ó bien, viviendo el hijo con su padre, mientras no habia mediado dicha solemnidad, ni habia salido la muger de la casa paterna: en semejante caso el nieto está bajo el poder del abuelo, y permanece en él, aunque mas ó menos tarde su padre pase á ser hombre *sui juris*, mediante la velacion; de consiguiente el abuelo podrá darle sustituto pupilar, arg. §. 9. Instit. *quib. mod. jus patr. potest. solv.* junto con el princ. *de pupill. substit.*: entiéndase lo dicho, en el supuesto que muriendo el abuelo no debiese el nieto caer bajo el poder de su padre, por ej. si este habia fallecido, y no, faltando esta circunstancia, Glos. en d. princ. y en la l. 2. vers. *posthumi* D. *de vulgar. et pupill.*

(27) Sobre este punto véase Bart. en la l. 2. D. *de vulg. et pupill.* col. 2. vers. 3. *dixi*: la opinion de la Glos., Ang. é Imol. en d. lug. es que bastará que exista el requisito del poder patrio al tiempo de la muerte del testador; opinion que es la general y se sigue en la práctica, segun atestigua Ang. Aren. en su tratado *de los testamentos* en lo palabras *pupillariter*; si bien el mismo en el §. 1. Instit. *de pupill. substit.* sostuvo que debia atenderse tambien al tiempo del testamento, en lo que convienen algunos DD. modernos y Paul. de Castr. Cuma. Imol. y Jason en la l. 2. cit. como advierte el estudioso y eminente Covarruvias en su lectura al cap. *Raynutius*, §. 5. *de testam.* Empero, como esta ley de Part. no espresa á que tiempo debe atenderse, me inclinára á seguir la opinion comun; mayormente atendido que, no llegando á ser estable y definivo el testamento hasta el momento de la muerte, parece bien hecha la sustitucion, si entónces no faltaba el requisito del poder patrio [Nosotros la creemos nula; primero en virtud de la regla catoniana, que hallamos admitida en las Partidas: y en segundo lugar, porque esta ley dice que la sustitucion pupilar es aquella que hacen los padres á los hijos impuberes que tienen en su poder; lo que equivale á decir que la circunstancia del poder debe existir cuando hacen la sustitucion] De la necesidad de este requisito se infiere que el herege no podrá sustituir pupilarmente, pues que no tiene poder sobre su hijo, cap. 2. *de hæret.* lib. 6.: tampoco podrá el cismático, segun Bald. en la l. 4. D. *de his qui sunt sui vel alien jur.* Al postumo puede el testador sustituirle pupilarmente, si debiese estar bajo su poder en el supuesto de haber nacido ya, l. 2. vers. *posthumis*, D. *de vulg. et pupill.* y l. últ. D. *de collat. bonor.* El militar puede ordenar igual sustitucion, aunque el hijo sea emancipado, l. 41. §. 4. D. *de testam. milit.*, si bien en este caso, la sustitucion no producirá efecto fuera de los bienes que el padre haya dejado al pupilo, d. l. Si bien el paisano no puede sustituir pupilarmente al hijo emancipado, no obstante, si tuviese dos hijos, uno emancipado, y el otro bajo su poder, puede valerse del recurso que indica la l. 39. princ. D. *de vulg. et pupill.* donde pueden verse Bart. y los DD. Nótese tambien que la sustitucion pupilar hecha al hijo emancipado, se sostendrá á manera de fideicomiso, Glos. y en ella Bart. y Alex.; esta es la opinion general. Adviértase tambien que es indispensable que el hijo esté en poder de su padre al tiempo de la muerte del mismo, l. 41. §. 2. D. d. tít. ¿Qué diremos si saliere del poder patrio por habérsele elevado á alguna dignidad? v. Bart. en d. l. 2. col. 3. vers. *quæro quid si exeat.* —*En virtud de la l. del Ordenam. (l. 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.) es de derecho comun lo que era en este punto privilegio de los militares. Por derecho romano y por las ll. de Part., nadie podia morir parte testado y parte intestado: era consecuencia de este principio, que no pudiese dejar de ser heredero el que una vez se habia constituido tal; á lo que era consiguiente, que no podia instituirse un heredero para cierto tiempo: y en esto se fundaba la nulidad de la sustitucion directa, aunque limitada á los bienes del testador, cuando este la hácia á un hijo emancipado ó á un estraño; teniendo únicamente lugar la fideicomisaria, porque, á pesar de la restitucion, quedaba siempre salva la calidad de heredero en el instituido. Ahora bien, borrado el principio, desaparecen las consecuencias; podrá pues instituirse un heredero para un tiempo cierto ó incierto, como dijimos en la glos. 64. del tít. ant.; podrá pues instituirse al emancipado ó á un tercero, dándole directamente sustituto para despues de su muerte.

(28) En la l. 1. de este tít.; v. Bart. en d. l. 2. D. *de vulg. et pupill.* en el *segundo requisito.* Es tambien indispensable que el padre haga antes

cion como esta, a las vegadas manifiestamente, e a las vezes callada. E manifiestamente se faria, como si dixesse el testador: Establezco por mio heredero a fulano mio fijo, e si fuere mio heredero (29), e muriere ante que sea de edad de catorze años, establezco a fulano que sea su heredero (30). Ca, si se muriere (31) el fijo, o el nieto, que assi fuesse puesto por heredero, ante de la edad en puede fazer testamento, aura este sustituto en logar del, la herencia del padre, o del auuelo. Otrosi calladamente se faria tal sustitucion en esta manera; como si dixesse el fazedor del testamento: Establezco por mio heredero a fulano mio fijo, que es menor de catorze años, e a fulano, e a fulan, mis amigos. E despues desto dixesse assi: Mando, que qualquier que sea mio heredero, sea heredero de mio fijo. En esta manera seyendo fecha la sustitucion, si muriesse este su fijo ante que fuesse de la edad sobredicha, entiendese, que los otros son sustitutos calladamente (32), los que

testamento para sí, l. 2. §. 4. d. tít. y allí Alex.: ademas, que el hijo sea instituido ó desheredado, d. l. 2. vers. *sed si eos*, y l. sig. de este tít.: es tambien indispensable que sea adida la herencia en virtud del testamento paterno, d. l. 2. §. 1. vers. *adeo*; lo que tal vez no será necesario hoy dia atendida la ley del Ordenam. [l. 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.] Requiérese tambien que el impubes no deba recaer bajo el poder de otra persona despues de la muerte del testador, d. l. 2. princ. y allí Bart. 4°. *requisito*. Tratan estensamente este punto de los requisitos para la sustitucion pupilar, Bart. y los DD. en d. lug.—* Atendido lo que llevamos dicho en la adic. á la glos. 27. parece que tampoco será menester, á tenor de la cit. l. de Rec. que el padre haga testamento para sí: además, fácilmente se concibe que la misma razon hay respecto de esta circunstancia, que para la aceptacion: si esta ya no es necesaria, tampoco lo será aquella.

(29) La misma fórmula tenemos en la l. 1. §. 1. D. *de vulg. et pupill.*: no obstante, no son esenciales estas palabras para que subsista la sustitucion pupilar; basta que se diga, *si falleciere en la impubertad*, como advierte Bart. en d. l. 1. Cuando el testador usa de esta última fórmula, la sustitucion es meramente pupilar, es decir que ni de las palabras, ni del espíritu de la misma, puede deducirse la vulgar tácita; si bien por interpretacion de la ley se considera comprendida, l. 4. D. *de vulg. et pupill.*

(30) Tambien será pupilar la sustitucion si el testador hubiese dicho, si mi hijo muere impubes, sea F. mi heredero, ó adquiera F. mis bienes: v. l. 8. §. pen. D. *de bonor. poss. secund. tab.* y allí Bart., y una glos. notab. en la l. 1. D. *de vulg. et pupill.* sobre las palabras *Cajus Sejus*. Si el testador hubiese usado de la fórmula que se halla en la l. 24. D. *de hœred. instit.*, á saber; *de mis hijos Ticio y Seyo, sea heredero el que viviere*; ¿se entenderá hecha la sustitucion pupilar? Bart. en la l. 45. D. *de vulg. et pupill.* opina que semejante fórmula contiene una sustitucion recíproca, y de consiguiente la pupilar: las palabras *sea heredero*, no impiden el que se entienda hecha la sustitucion pupilar, l. 1. D. *de vulg. et pupill.*

(31) Apropósito no repite aquí, *si fuere heredero*; en efecto, basta que fallezca en la impubertad, aun cuando se hubiese abstenido de la herencia paterna, segun esta l., la l. 42. D. *de acquir. hœred.*, la l. 28. D. *de privileg. credit.* y Bart. en la l. 2. D *de vulg. et pupill.* col. 5. ¿Quién deberá probar que falleció ó no en la impubertad? Parece que la presuncion está por el sustituto que lo afirma, mientras no se pruebe haber fallecido en la pubertad, arg. l. 17. §. penúlt. D. *ad Trebell.*, y así opina Bald. en el consil. que empieza *ex parte contingente*, al cual cita y sigue Dec. en el cap. *in presentia*, *de probat.* n°. 50.

(32) Aprueba la opinion de Azon en la Suma C. *de impub. et aliis subst.* col. 1., donde dice que estas palabras, *quisquis mihi hœres erit*, *sit filio meo impuberi hœres*, contienen la vulgar espresa y la pupilar tácita, segun las ll. 3. y 8. §. 1. D. *de vulg. et pupill.* Al contrario la Glos. y Bart. en el §. 1. Instit. *de pupill. substit.*, sientan que dicha fórmula contiene la pupilar espresa y la vulgar tácita. Podriamos distinguir en este punto: ó usó el testador de la fórmula transcrita, que es la de la cit. l. 8. §. 1. y la misma á que se refieren Bart. y la Glos.; ó bien dijo, *el que fuere mi heredero*, *séalo de mi hijo*, sin espresar que este fuese impubes: en el primer caso procederá la opinion de Bart.; en el segundo, la de Azon, y es el supuesto de nuestra ley. En mi opinion, la madre tambien quedará escluida, aunque se haga la sustitucion en los términos que indica aquí nuestra ley, esto es, sin hacer mencion de la calidad de impubes en el hijo; atendido que, así en las palabras como en el espíritu, es en parte espresa la pupilar; razon que Bart. y los DD. alegan respecto de la recíproca y de la compendiosa, en las ll. 45. y 15. D. *de vulg. et pupill.* y el mismo Bart. en la l. 2. D. d. tít. col. 5.: viene en apoyo de esto la doctrina del cit. D. en d. l. 15. col. 10. vers. *sed quid, si dixi filio meo impuberi.*—* Tenemos por indudable, de acuerdo con el reformador del Febrero y con el S. Goyena, que en ningun caso la sustitucion pupilar privará á la madre de su legítima; atendido que la l. 6. de Toro (l. 1. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.) dispone sin restriccion alguna que los ascendientes serán herederos forzosos de sus descendientes,

nombro (33) el testador en su testamento ; e ellos heredaran los bienes de su fijo, a quien auia establescido por heredero primeramente de so vno con ellos. E aun dezimos, que se podria fazer la sustitucion pupilar calladamente en otra manera; como si el testador, que establesciesse por su heredero a su fijo, o a otro qualquier que descendiesse del por liña derecha, que ouiesse en su poder, e que non fuesse de edad, e le diesse despues otro sustituto, en aquella manera que es dicha vulgar, diziendo assi: Fago mio heredero a fulano mio fijo, e si non fuere mio heredero (34) este mio fijo, establezco por mio heredero en su lugar a tal ome. Ca si por ventura esse fijo sobredicho fuesse heredero, e muriesse ante que fuesse de edad de catorze años, si fuere varon, o de doze años, si fuere fija, estonce aquel que fuesse establescido por heredero sustituto en su lugar, heredara tambien la heredad del testador, como los otros bienes que vinieren al moço de otra parte. E esto es, por razon de la callada sustitucion (35) pupilar, que se entiende siempre en la vulgar, assi como sobredicho es. Fueras ende, quando el testador que ouiesse dos fijos, el vno mayor de catorze años, e el otro menor, e los establesciesse por sus herederos, diziendo assi (36): Que qualquier que muriesse dellos en ante que entrasse en la heredad, o que non quisiesse ser heredero, quel otro, que fuesse heredero en su lugar. Ca si aquel que fuesse menor de catorze años, quisiesse ser heredero, e entrasse la heredad, e muriesse non seyendo de la edad sobredicha, non podria el otro auer la heredad por razon de la sustitucion (37) callada, como quier que la ganaria por

siempre que estos *no tengan hijos descendientes legitimos*, *ó que hayan derecho de los heredar*: y ciertamente es empeño temerario, es torcer el sentido gramatical de las palabras, pretender que en la última cláusula viene comprendido el sustituto; cuando es evidente que habla tambien de hijos, esto es, de los ilegítimos que tienen derecho de suceder. Además, es de advertir, que si por derecho romano el sustituto pupilar escluia á la madre, era porque esta no podia suponer que estuviese cuasi-falto de juicio su marido, ni su hijo; suposicion en que se fundaba la queja de inoficioso, para que de esta suerte quedaran en cierto modo intactos los principios que servian de base al derecho: en efecto, no podia suponerlo del marido, porque este, escluyéndola, no habia desconocido ninguna obligacion natural; tampoco podia suponerlo respecto del hijo, porque no era él quien habia hecho el testamento. Ahora bien, no hallándose en las leyes de Toro que regulan las legítimas, ningun vestigio de las sutilezas romanas; es preciso convenir en que ha desaparecido el obstáculo que hallaba la madre para impuguar la sustitucion pupilar.

(33) Entiéndase esto, cual se declara en las cit. ll. 3. y 8. §. 1. D. *de vulg. et pupill.*

(34) De consiguiente, comprendiendo el caso que no pueda y el caso que no quiera ser heredero. Sin embargo, tendremos tambien la pupilar tácita, aunque la vulgar espresa se hubiese hecho para uno de los dos casos, l. últ. C. *de instit. et substit.*; véanse allí los DD. y Bart.

(35) Tenemos pues que la vulgar espresa contendrá la pupilar tácita; añád. l. 4. D. *de vulg. et pupill.* No importa que la madre esté de por medio, segun la Glos. en la l. 8. C. *de impub. et aliis subst.*, con la que está allí de acuerdo la generalidad de los DD.: sin embargo, es incierta en semejante caso la tácita pupilar; en efecto, si la madre sobrevive al hijo y quiere sucederle, no tendrá lugar la sustitucion; y si solo, cuando la madre premuriere al hijo ó no admitiere la herencia del mismo, segun Jason en d. l. 8. col. 4. y Alex. en la l. 15. D. *de vulg. et pupill.* Tambien tendrá efecto la sustitucion pupilar, segun Paul. de Cast. en d. l. 8., si la madre fuese negligente en pedir tutor para el hijo, ó en aceptar la tutela, porque esta negligencia le priva de la sucesion del mismo, l. 2. §. 20. D. *ad Tertyl.*, l. 10. C. *de legit. hæred.* y el §. 6. Instit. *de Senatusc. Tertyl.*: véase sobre esta cuestion, Guilliel. Bened. en d. repet. al cap. *Raynutius*, *de testam.* Sobre las palabras *si absque liberis moreretur*, fol. 293. col. 1., 2. y 3. Lo que llevamos dicho, que la vulgar espresa contiene la pupilar tácita, debe entenderse bajo el supuesto que no constase ser otra la voluntad del testador, l. 4. C. *de impub. et aliis subst.*; y segun lo que espresan Bald. y Alex. en d. l. bastarán para probar esto dos testigos: Bart. en la l. 2. D. *de vulg. et pupill.* col. penúlt. vers. *quære ergo*, quiere que el número de testigos sea el mismo que la ley requiere para las últimas voluntades, en lo que conviene Dec. en d. l. 4. col. 1.: sin embargo, debemos seguir la opinion de Bald. y Alex., y es tambien la de Bart. lug. cit., malamente comprendida por Dec. Sobre las circunstancias de las que podrá argüirse la voluntad del testador, véase d. D. lug. cit. Téngase presente la que á continuacion dispone nuestra ley.

(36) Otra cosa seria, si separadamente á cada uno le hubiese dado sustituto para el caso de la vulgar: entónces, respecto del pupilo, la vulgar espresa contendrá la pupilar tácita, Glos. y la generalidad de los DD. en la l. 4. C. *de impub. et aliis subst.* y en la l. 4. D. *de vulg. et pupill.*

(37) Concuerda con las ll. 4. D. *de vulg. et pu-*

razon que es mas propinco pariente (38). E esto es, porque deue ser guardada egualdad (39) entre ellos. E pues que en el mayor hermano non pueden auenir estas dos sustituciones, pupilar, e vulgar, mas la vulgar tan solamente, guisada cosa es (40), que aquella sola sea guardada en el menor: e esso mismo deue ser guardado, si otra persona (41) qualquier fuesse assi establescida, para heredar con el fijo del testador, que fuesse huerfano, e de tal edad.

LEY 6. *Como el padre puede dar sustituto al fijo en los bienes que heredare de la madre, maguer lo ouiesse desheredado de lo suyo.*

Puede el padre establescer otro heredero en logar de su fijo que fuesse menor de catorze años, en la manera que es llamada en latin, substitutio pupillaris, faziendo su heredero (42) al moço sobre dicho, assi como de suso diximos. E aun puede esto fazer, maguer lo desheredasse (43) de lo suyo por alguna derecha razon, diziendo assi: Desheredo tal mio fijo, por razon de tal tuerto (44), o yerro, que me fizo, e establezco por su heredero a fulano, en los bienes que a aquel mio fijo vinieren de parte de su madre, e de los otros sus parientes (45); assi que si el muriere ante que sea de edad de catorze años, que este (46) que establezco por heredero, aya en su logar los bienes sobredichos. Pero para poder el padre desheredar tal fijo como este, ha menester que el

pill., 6. C. *de testam. milit.* y 4. C. *de impub. et aliis subst.*: no importa que la sustitucion vulgar se haga á un número impar de personas, ni que sea brevilocua ó recíproca: ¿que diremos si fuere á la vez recíproca y compendiosa? ¿contendrá entónces la tácita pupilar respecto de la persona del pupilo? parece que no, atendido que las cits. ll. estriban en que es presumible que el padre solo pensó en el caso que podia sobrevenir en todos los hijos, Bart. en la l. 45. D. *de vulg. et pupill.* col. 2. vers. *sed quœro quando ista substitutio fit duobus*, junto con la cuest. precedente: dice allí, que aun cuando á la recíproca se le añada la compendiosa, no se comprende en ella la sustitucion de un número impar, mientras de otra parte no conste la voluntad del testador: lo mismo opinan Ang. consil. 151. y Socin. consil. 290. col. 2. vol. 2, donde espresa ser esta la general y verdadera solucion.

(38) Es decir, abintestato, si fuése el pariente mas cercano del pupilo, l. 2. C. *de impub. et aliis substit.*

(39) Nótese esto de la igualdad: véanse para las concordancias, la Glos. y DD. en d. l. 4. D. *de vulg. et pupill.* vers. *sed si aliter*; y acerca de los varios casos en que se guarda la igualdad, véase Juan de Plat. en la l. 2. vers. últ. C. *de prox. sacror. scrin.*: debe guardarse en el número de los jueces, Bald. en el cap. 1. *de controv. feud. apud pares term.* fundándose en el mismo testo. Añádase, que en la division de la herencia entre hermanos, la voluntad del testador se interpreta de manera que bajo cierto aspecto, esto es con proporcion á las partes hereditarias, resulte la igualdad, l. 77. §§. 8. y 21. D. *de leg.* 2. y allí la Glos. En las sucesiones abintestato se guarda cierta igualdad, de modo que nadie puede suceder á la persona que no fuera admitida á su herencia, Nov. 89. cap. 2. §. 1. vers. *nullum* y allí Bart. Tambien en los contratos la igualdad es atendible, así por lo que mira á la prueba, como en punto á la interpretacion, Bald. en la l. 4. C. *de rescind. vendit.* col. 9. y hace al caso la l. 81. D. *pro socio.*

(40) Luego, cuando una espresion se refiere á varios estremos, debe aplicarse á todos igualmente; v. ll. 4. y 45. D. *de vulg. et pupill.*, ll. 2. y 4. C. *de impub. et aliis substit.* y l. 6. C. *de testam. milit.* y allí Dec. 3. notab.

(41) Cualquiera que no sea del número de los hijos que están bajo el poder del testador, l. 4. C. *de impub. et aliis substit.* y l. 45. D. *de vulg. et pupill.*: añádase que por punto jeneral la vulgar espresa no contiene la pupilar tácita, siempre que se ordena con palabras restrictivas, l. 4. §. 2. D. d. tít. allí, *in vulgarem tantummodo casum* y Salic. en la l. 8. C. d. tít. col. 1. y Alex. allí col. 2. Adviértase tambien que si el sustituto vulgar fuese persona incapaz de suceder al testador, por ej., un hijo espurio de este, la sustitucion vulgar será nula, y de consiguiente, tampoco tendrá lugar la pupilar., Guilliel. Benet. en la repet. al cap. *Raynutius, de testam.* sobre las palabras *si absque liberis moreretur* fol. 293. col. 4.

(42) Tenemos aquí otro requisito esencial para la validez de la sustitucion pupilar, esto es, que el padre instituya al impubes ó que lo desherede nominalmente; añád. l. 2. vers. *sed. si eos* D. *de vulg. et pupill.*; véase sobre este punto Bart. en d. l. princ. en el 7.° requisito. —*Parece que en fuerza de la l. 24 de Toro (l. 8. tít. 6. lib. 10. Nov. Rec.), la que concreta á la institucion de heredero los efectos de la pretericion, deberá subsistir la sustitucion pupilar, aunque el impuber se halle preterido.

(43) Añád. §. 4. Instit. *de pupill. substit.*

(44) Deberá pues espresarse la causa, v. l. 4. tít. 7. de esta Part.

(45) O bien provengan de la liberalidad de amigos de la familia, movidos tal vez de las gracias del impubes, como dice la Glos. en d. §. 4. Instit. *de pupill. substit.* Por lo que mira á si al susti-

moço aya mas de diez años (47) e medio, a que llaman en latin, proximus pubertati; que quier tanto decir, como que es cercano a ser de edad, e ha entendimiento. Ca si menor fuesse, non lo podria desheredar de lo suyo; porque non lo semeja (48) que puede fazer tuerto a su padre maliciosamente, mas que lo faria por necedad, e por mengua de entendimiento.

LEY 7. *Que fuerça ha la sustitucion pupilar.*

Tal fuerça ha la sustitucion que es dicha pupilar, que aquel que gana la heredad por razon della, deue auer los bienes del moço, en cuyo logar fue establescido por heredero, tambien como si el mismo lo ouiesse establescido por su heredero, en tiempo que pudiesse fazer testamento. E por estas razones, tal sustitucion como esta es como otro testamento (49), que faze el padre al moço sobredicho. E heredara tal sustituto como este todos los bienes (50) del moço (51), onde quier que los aya; fueras ende, si este que assi es establescido por heredero del moço, fuere ome tal,

tuto del desheredado podrá gravársele con legados ó fideicomisos, véase la l. 3. tít. 9. de esta Part.

(46) En cuanto á si el padre podrá gravar ó no á este sustituto, véase la cit. l. 3. tít. 9. de esta Partida.

(47) Siempre las leyes de Part. marcan esa edad cuando quieren determinar el momento en que el pupilo empieza á ser *próximo á la pubertad*; véanse las ll. 9. tít. 1. y 4. tít. últ. de esta Part. y 8. tít. 3. Part. 7.

(48) Añád. l. 33. §. 1. C. *de inoff. testam.*

(49) Se considera, pues, testamento diverso del que el padre hace para sí: entiéndase bajo cierto aspecto; pues que en algunos puntos se consideran los dos un mismo testamento; Glos., Bart. y Paul de Castr. en la l. 20. D. *de vulg. et pupill.* y Ang. Aret. en el §. 2. Instit. *de pupill. substit.*

(50) Aunque el sustituto fuere nombrado en cosa cierta, con tal que no se le dicre coheredero universal, l. 41. §. últ. D. *de vulg. et pupill.*: tampoco importa que la sustitucion esté concebida con palabras directas, l. 7. D. d. tít. y Alex. en la l. 2. d. tít. col. 10.: tambien sucederá á todos los bienes el sustituto, cuando fuere llamado en virtud de la pupilar tácita, Bart. en la l. 10. §. 5. d. tít., fundándose en que el texto habla sin distincion: además, hay una razon general, y es, que el pupilo moriria parte testado y parte intestado, si el sustituto fuese admitido únicamente á los bienes que procedian del padre. ¿Qué diremos si el sustituto sucede en virtud de la vulgar espresa, la que contiene á la pupilar tácita? ¿vendria entónces compendidos los bienes del pupilo, cual en la pupilar espresa? Esta cuestion fué muy agitada entre los DD. antiguos, como refiere latamente Alber. en la rubr. D. *de vulg. et pupill.* col 14 y 15: el citado D. despues de haber dicho que la generalidad de los DD. modernos opinaba, de acuerdo con Dyn., que todos bienes venian comprendidos, se decide por el parecer de Jacob. de Aret., quien opina, que absteniéndose el pupilo, será llamado desde luego el sustituto á los bienes, del padre, y que si el hijo muere impubes, recogerá la herencia de este el mismo sustituto, en virtud de la pupilar tácita, l. 89. *de aquir. hæred.* y Bart. y la mayoria de los DD. en la l. 1. D. *de vulg. et pupill.* col. 9. Adviértase tambien, que teniendo lugar la sustitucion pupilar, el sustituto reclamará todos los bienes del testador, aun en el caso que la sustitucion fuese tal que no comprendiese la tácita vulgar, l. 47. D. d. tít. y allí Bart. y Alex. en d. §. 5.: sobre los casos de esta naturaleza v. Bart. y Alex. en la l. 2. D. d. tít. 5ª. cuest. princip.: y no es estraño que así sea, pues que, mediante la adicion del pupilo, los bienes de este se amalgamaron con los paternos, l. 10. §. 2. d. tít. ¿Y si el sustituto es llamado en virtud de la vulgar tácita, comprendida en la pupilar espresa, reclamará tambien los bienes del impubes? Afírmalo Dyn. fundado en la l. 87. §. 8. D. *ad leg. Falcid.*: Bart. en d. l. princ. col 10., opina en este punto de la misma suerte que en el caso de suceder el sustituto en fuerza de la vulgar espresa, y con él está conforme la mayor parte de los DD., como atestigua Socin. en d. l. col. 3 fol. 15. En la sustitucion pupilar viene tambien comprendida la legítima del hijo, junto con los prelegados, l. 26. C. *de inoff. testam.*; pero no los bienes que hubiese enagenado el pupilo, Ang. é Imol. en la l. 3. § 3. D. *ad Trebell.*, mientras la enagenacion se haya verificado con justa causa y previas las formalidades legales, pues que de otra suerte seria nula, l. 1. § 2. D. *de tutel. et ration. distra.*; v. Alex. en d. § 3. y Bald. en la l. 17. § 1. D. *de adopt.*: si los bienes fuesen tales que para enagenarlos no se exigiese requisito alguno, segun la l. 22. C. de *administ. tutor*, la enagenacion subsistirá irrevocable; pues, como dice Franc. de Aret., la sustitucion pupilar, introducida en beneficio del pupilo, segun d. l. 26., no debe irrogarle perjuicio, privándole de la facultad de disponer de sus bienes entre vivos, l. 6. C. *de leg.*; además, semejante sustitucion es el testamento del pupilo, como dice nuestra ley, y á nadie su propio testamento le quita la facultad de enagenar, l. 54. D. *de reg. jur.*

(51) Síguese de aqui que el sustituto pupilar escluirá la madre del pupilo, hasta por lo que

que non podiesse heredar (52) por derecho los bienes de otri. Ca estonce non los deue auer, si non en aquella manera que las leyes deste (53) libro mandassen.

LEY 8. *Si muere el moço a quien es dado sustituto, como puede heredar el sustituto lo suyo.*

Muriendo el moço, a quien el padre, o el abuelo ouiesse dado otro heredero sustituto, en la manera que dizen pupilar; si este sustituto quisiere heredar tan solamente los bienes que fueren del padre del huerfano, e non los que ouiera el moço de parte de su madre, o de los parientes della; dezimos (54), que si este sustituto fuesse establescido por heredero en vno con el moço (55) en el testamento de su padre, e otrosi, si le fue dado por sustituto (56), que estonce conuiene en todas

mira á la legítima; añád. l. 8. § 5. D. *de inoff. testam.*, el cap. *si pater, de testam.* lib. 6. muy claro en este punto, y Bart. y la generalidad de los DD. en d. l. 2. D. *de vulg. et pupill.* en el tercer efecto de la sustitucion pupilar. Empero Archid. en d. cap. dice que esto procederá en el foro esterno, mas no en el de la conciencia, arg. cap. últ. 17. q. últ. y l. 15, D. *de inoff. testam.* Socin en d. l. 2. vol. 8., en confirmacion de esto, añade, que parece en oposicion con la equidad natural, el que la madre quede enteramente escluida, como lo manifiesta lo aducido por Bald. en d. l. 8. vers. *circa tertium*, y de consiguiente no será la ley obligatoria en el foro de la conciencia, Imol. en el cap. *plerique, de immun. eccless.*: síguese tambien que en conciencia el sustituto deberá entregar á la madre su legítima pudiendo precisársele por denunciacion evangélica segun se deduce de lo anotado por Bart. en la Extravag. ad *reprimendum*, sobre las palabras, *per denunciationem*. Sin embargo, el mismo Socin. reconoce que la opinion de Archid. es arriesgada, atendido que toda ley prohibitiva es obligatoria, aun en el foro de la conciencia, mientras no induzca á pecar, segun Juan Andr., siguiendo á Santo Tomás, en el cap. *quanquam, de usur.* lib. 6.; y de otra parte no peca el que obra apoyado en la autoridad del derecho canónico, 23. q. 4. cap. *qui peccat.*; ni este autoriza jamás el pecado, cap. últ. *de præscript.* y la glos. en el cap. *cum contingat. de jurejur.*: añade, empero, Socin. que se tenga presente la opinion de Archid., de la que puede servirnos para conseguir algo por via de transaccion. Ciertamente se resiste admitir la decision de Archid., dado que la legítima, aun la de los hijos, puede quitarse por las leyes positivas, segun Bart. en la l. 71 §. 3. D. *de condit. et demonst.*, cuyo parecer es adoptado por varios DD.; si bien la opinion general está en que puede disminuirse, mas no quitarse del todo, Dec. consil. 116., es decir, cuando el hijo no tuviese de otra parte con que alimentarse; pues no careciendo de bienes, podrá la ley quitársela, Abb. en el cap. *Raynutius, de testam.* col. 5.; ahora bien, como las madres de ordinario no carecen de alimentos, atendido que suelen pasar á segundo matrimonio, es visto que el derecho civil y el canónico han obrado con justicia autorizando la sustitucion pupilar en beneficio del hijo y de la familia del padre; á lo que se agrega que la legítima de los ascendientes es denda menos sagrada, que la de los descendientes, l. 15. D. *de inoff. testam.* y bella y latamente Guilliel. Benet. en la repet. á d. cap. *Raynutius*, sobre las palabras, *et uxorem nomine Adelasiam* fol. 52 y 53. No obstante, si la madre fuese muy pobre, podrá exigir los alimentos al sustituto pupilar, como heredero que es del hijo, l. 5. §. 17. D. *de lib. agnosc.* y l. 6. tít. 19. Part. 4. junto con lo anotado en ella. La esclusion de la madre por medio de la sustitucion pupilar tiene efecto, aunque el sustituto sea persona torpe, arg. d. l. 8. §. 5. junto con la Glos. y allí Ang.; véase la l. 5. de este tít. y la glos. 41. — * Véase la adicion á la glos 32., en la que hemos demostrado, que despues de las leyes de Toro, el sustituto pupilar no ha podido escluir á la madre por lo que mira á la legítima.

(52) Debe el sustituto ser capaz al tiempo del testamento, cuando muere el pupilo y á la época de la adicion de la herencia, l. 11. D. *de vulg. et pupill.* y allí Bart. ¿Qué diremos si es un hijo natural ó espúrio del testador? V. l. 6. D. *de vulg. et pupill.* y allí Bart. y los DD. — * Sobre los tiempos en que debe ser capaz el heredero, véase la adicion á la glos. 109. tít. 3. de esta Part.

(53) Refiérese tal vez á las ll. 8. tít. 13 y 22. tít. 3 de esta Part. y se tuvo quizás á la vista la l. 6. D. *de vulg. et pupill.*

(54) Trae su orígen de las ll. 20. C. *de jur. deliber.*, 40. y 89. D. *de acquir. hæred.* y 29. D. *de privileg. credit.* y de lo anotado por Azon en la Suma C. *de impub. et aliis substit.* col. 3. vers. *an autem institutus.*

(55) Lo mismo tendremos en el supuesto que desheredándose al pupilo se hubiese instituido heredero único al mismo que es nombrado sustituto; en efecto, debe este aceptar la herencia del padre y la del hijo, ó renunciar los dos, Imol. en la l. 59. D. *de acquir. hæred.* y en la l. 10. D. *ad leg. Falcid.*: la Glos. en d. l. 10. opina en contra; pero con Imol. están de acuerdo Alex. y Jason en la l. 20. C. *de jur deliber.*, fundados en que es aplicable á este caso la razon que dá la l. 10. §. 1. D. *de vulg. et pupill.*, razon que es la fundamental de estas ll., segun Bart., siguiendo á Dyn., en la l. últ. D. *de acquir hæred.*, col. últ. donde pueden verse otros casos, además de los

guisas, que sea otrosi heredero (57) en los bienes del mozo, maguer non quiera; o los desampare todos (58). Mas si el moço, quando era biuo, e aquel que fue establescido por heredero en su lugar, se acordassen de so vno, que non quieran entrar los bienes del padre de aquel moço; si en aquel mismo testamento ouiesse establescido el testador a otro alguno (59) por heredero con ellos, estonce, si muriesse el moço ante que fuesse de edad, el sustituto sobredicho heredara por la pu-

que se espresan en esta l. de Part.

(56) Tiene esto lugar, ya sea espresa la pupilar, ya sea la tácita que se contiene en la vulgar, porque milita la misma razon de la cit. l. 10. §. 1.; y porque así se infiere de las palabras generales de que usa nuestra ley, y de la l. 59. D. *de acquir. hæred.*, Alex. en d. l. y Roman. y Jason en d. l. 20.

(57) Es decir, él, si vive, y su heredero, caso que él hubiese fallecido, d. l. 59. D. *de acquir. hæred.* ¿Qué diremos si efectuó la adicion de la herencia del padre, precisado por el fideicomisario? ¿se le precisará tambien en ese caso á admitir la herencia del pupilo? Alex., de acuerdo con Bart. Comm., en la l. 27. §. 2. D. *ad Trebell.* está por la afirmativa, por militar la razon de la cit. l. 10. §. 1. D. *vulg. et pupill.*: Jason en d. l. 20. C. *de jur. deliber.* califica de muy dudosa semejante decision.

(58) Esto es, la herencia del padre y la del hijo al cual fué sustituido. Si hubiere aceptado la primera, no podrá desechar la segunda, aunque se conformare en desprenderse de dicha herencia aceptada, l. 4. C. *de repud. hæred.*: Bart. en la l. últ. D. *de acquir. hæred.*, fundado en la l. 55. d. tít., opina que en este caso el sustituto podrá repudiar las dos herencias, y su decision parece aprobarse por esta l. de Part.: sin embargo, insisto en mi opinion, de conformidad con el mismo Bart., que en este punto varió de parecer, en la l. 6. C. *de impub. et aliis substit.*, y así piensan Ang. en la l. 59. D. *de acquir. hæred.*, Imol. en d. l. últ. col. 2. y Paul. de Castr. en d. l. 20. C. *de jur. delib.* col 4., donde contesta á la cit. l. 55.: por lo que mira á esta l. de Part., entiéndase en los términos que ha indicado: podria tambien entenderse del caso que el heredero hubiese admitido la herencia del padre, siendo menor de edad; entónces á título de restitucion por entero podria desprenderse de la herencia admitida, y luego rehusar la adicion de la del pupilo. ¿Qué diremos, si en el mismo supuesto quisiere admitir la del pupilo, esto es, habiéndose desprendido de la del padre en virtud de la restitucion? Parece que esta l. de Part. no se lo permitiera: Azon. al parecer opina afirmativamente en la Suma C. *de impub. et aliis. subst.* col. 3., donde dice, que si el impubes, despues de haber adido la herencia paterna falleció en la impubertad, y el sustituto pupilar intenta la restitucion al efecto de desechar la herencia del testador, que le sobreviene en calidad de heredero del impubes; quizás no deberá denegarsele la restitucion, atendido que podia intentarla el impubes á quien sucede, arg. l. 6. D. *de in integr. restit.*: se dirá tal vez que Azon. habla del caso que el pupilo tenga coheredero, ó que cuando menos, por la mera sobrevivencia del mismo, se haya confirmado la sustitucion pupilar, cual en la l. 12. D. *de vulg. et pupill.*; sea de esto lo que fuere, tenemos que la restitucion deja salvo el nombre de heredero l. 7. §. 10 *de minor.*, el que es bastante por si solo para que se sostenga el testamento pupilar, de consiguiente no será menester que el pupilo tenga coheredero, Bart. en d. l. últ. y en la cit. l. 12. y allí Imol. y Cumm. y otros DD. modernos. Por la l. 1. tít. 2 lib. 5. del Ordenam. [l. 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.] se sostendrá indudablemente la sustitucion pupilar, aunque no sea adida la herencia del testador. —* De aquí parece seguirse que el sustituto podrá en cualquier caso renunciar la herencia del padre y admitir la del hijo; esto es, ora sea heredero único, ora tenga coheredero que admita, véase la glos. 80. de este tít. Entiendase que no hablamos del caso que la herencia del padre se hubiese confundido con la del hijo, mediante la adicion de este, siendo nombrado heredero: entónces ya no hay mas que una herencia, la del hijo, de la que el sustituto no puede admitir una parte, repudiando la otra; véase esta misma l. de Part. al fin.

(59) A *sensu contrario*: pues, si no hubiese otro coheredero que con su adicion confimara la sustitucion pupilar, no podria el sustituto adquirir la herencia del pupilo sin la del padre, esta l. y la l. 10. §. 4. D. *de vulg. et pupill.*: se objetará que en el caso de esta ley, aunque el hijo y el coheredero sustituto hayan repudiado la herencia paterna, el testamento pupilar queda confirmado por la mera existencia del hijo suyo heredero: pero á esto se contesta que mediando un coheredero estraño, se borran en este punto los efectos de la suidad, l. 7. §. 10. D. *ad Trebell.*: si el coheredero fuese otro hijo *suus hæres*, sería aun aplicable la cit. l. 12. D. *de vulg.*, Glos. y DD. en d. l. 10. §. 2. En nuestro Reino, atendida la cit. l. 1. tít. 2. lib. 5. del Ordenam. [l. 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.] al sustituto se le deferirá la herencia del pupilo, aunque no exista coheredero que admita la del padre; atendido que por dicha ley, no es necesaria la adicion de la herencia, para que tengan efecto las demás disposiciones del testamento. —* Véase la adic. á la glos. anterior.

pilar sustitucion, e non entrara en los bienes del padre del moço, si non quisiere; mas heredarlos a aquel que fue establescido por heredero con ellos. Pero si el testador diesse sustituto al moço, en la manera que es dicha pupilar tan solamente, e non lo establesciesse por heredero de so vno con el fijo, assi como sobredicho es; si el moço quisiere ser heredero en los bienes de su padre, e entrare en ellos (60), conuiene que el sustituto sea heredero, tambien en la heredad del testador, como en los otros bienes del moço, si muriere ante que sea de edad; e de otra guisa non lo podria auer (61).

LEY 9. *Como aquel que profijasse a algund moço, puede dar sustituto.*

Si profijasse algund ome al fijo de otro, que fuesse menor de catorze años, en aquella manera que es llamada en latin, arrogatio (62); e despues desto le dexasse sustituto en su testamento otro alguno en lugar deste moço, en aquella manera que es dicha, substitutio pupillaris; tal sustituto como este non heredara en los bienes del moço. Fueras ende en aquella parte, que el moço deuia heredar de derecho, en los bienes de aquel quel porfijo: que es la quarta parte (63) de todo lo del profijador, e lo al que le ouiesse dado al-

(60) En este caso, reuniéndose los bienes del padre con los del hijo, no tenemos mas que una herencia, l. 10. §. 2. D. *de vulg.* y l. 28. D. *de privil. cred.* vers. *at cum substitutus.* Empero*, si el pupilo, siendo heredero único, repudió la herencia de su padre, el sustituto podrá admitir la del primero sin la del segundo, d. l. 29. y l. 89. princ. D. *de acquir. hæred.* Si el pupilo adió, y estaba en el caso de poder reclamar la restitucion por entero, podrá hacer uso de este beneficio su heredero, l. 6. D. *de in integr. restit.*, Azo. lug. cit., Bart. siguiendo á Dyn en la últ. D. *de acquir. hæred.* col. 3.: adviértase que la Glos. á la l. cit. l. 28. glos. magistral. sostiene lo contrario, apoyándose en el mismo testo, y en que con el acto de admitir el sustituto la herencia del pupilo, parece haberse conformado con la disposion del testador, y haber aprobado la adicion que el pupilo verificó insiguiendo la misma disposicion; así es que limita la cit. l. 6. al caso de ser la sucesion abintestato: convienen con esta glos. el cit. Bart. en d. l., Imol. en d. l. últ. col. últ. y en las ll. 12. y 10. §. 2. D. *de vulg. et pupill.*, el cual se contradijo en este punto, y Alber. en d. l. 28. siguiendo á Dyn.: Paul. de Castr. en la cit. l. 10. sotiene la decision de Azon. y Bart. indicada en primer lugar: Alex. ocupándose de esa divergencia y de estas contradicciones en la l. 20. C. *de jur. deliber.* col. 2. propone la siguiente distincion; ó el caso es tal que por no haber coheredero estraño, no se necesitaba la adicion ó inmistion del pupilo al efecto de confirmar la sustitucion pupilar; ó bien la adicion ó inmistion era menester por hallarse de coheredero un estraño; en el primer caso, añade, el hecho de admitir el sustituto la herencia del pupilo, no supone que el primero haya reconocido y confirmado la admision de la herencia paterna de parte del pupilo; pero si en el segundo caso; y de consiguiente en el primer supuesto procederá la decision de Bart. §. 2. D. *de vulg. et pupill.* Esta cuestion es de solucion difícil: la distincion de Alex. aunque plausible á primera vista, no me satisface: quizás esté mas arreglada á derecho la opinion de Bart. en d. l. 10. *de vulg* y en la cit. l. últ. D. *de acquir. hæred.*, opinion que, como llevo dicho, fué la de Azon. en la cit. l. 6.; en efecto, d. l. 6. no distingue entre sucesion por testamento y sucesion abintestato; y de otra parte, de la adicion de la herencia del pupilo no se sigue que se apruebe de un modo absoluto la adicion que hizo este de la herencia de su padre; pudiendo mas bien decirse que el sustituto la aprueba, sin perjuicio de la restitucion á que puede tener derecho como heredero del impuber, segun d. l. 6.: la cit. l. 28. D. *de privileg. cred.* en que se apoya la Glos. está lejos de probar que el sustituto pierda semejante recurso por la adicion: con mayoría de razon procederá lo dicho, despues que por la cit. l. del Ordenam. es innecesaria la adicion de la herencia del padre, para que subsista la sustitucion pupilar.

(61) Sin embargo, podrá desprenderse de la herencia del padre, por medio de la restitucion por entero, si competia al impuber, como llevo dicho en la glosa anterior.

(62) Lo mismo tendrémos en el adoptado, si la adopcion fuese plena; sobre las circunstancias que la hacen tal, véase la l. 10. C. *de adopt.* junto con el §. 2. Instit. *de adopt.*, y la l. 9. tít. 16. Part. 4.—* Ignoramos con que fundamento iguala Greg. Lopez en este punto el adoptado y el arrogado: la l. de Part. y las romanas se concretan al segundo, por motivos que le son peculiares: en efecto, es temible que la codicia fuese á cada paso el único móvil de la arrogacion de un impuber, si la ley no tomara las precauciones que toma en el acto de verificarse, precauciones que trascienden hasta la sustitucion pupilar, como aquí vemos: empero ese temor no cabe cuando un impuber es dado en adopcion por su padre natural á uno de los ascendientes de aquel, véase la l. 4 del cit. tít. 16. Part. 4.

(63) Que se debe al hijo arrogado, á tenor de la l. 8. tít. 16. Part. 4, y de la l. 22. D. *de adopt.*: adviértase que esta cuarta se debe al hijo arrogado impuber, y no al que ha llegado á la pubertad, como lo manifiesta nuestra ley junto con la

gund su amigo (64), de aquel que lo profijo, por amor de aquel su padre adoptiuo. Mas los otros bienes que viniessen a tal moço como este, de parte de su padre natural, e legitimo, o de otra parte, heredarlos han los parientes mas propincos del; si su padre natural non ouiesse (65) ordenado alguna cosa en razon dellos en su testamento.

LEY 10. *Porque razones desfallece la sustitucion pupilar.*

Desatase (66) la sustitucion que es llamada pupillar, por cuatro razones. La primera es, quando el moço viene a edad (67) de catorze años, e la moça a doze, a quien establesce el sustituto. La segunda es, quando tal moço como este pierde la libertad que ha, e la cibdad, e la familia. E esto seria, como si fuese captiuo (68) de los enemigos de la Fe (69); ca por tal prision perderia estas tres cosas sobredichas. Pero si al padre (70) acaesciesse este captiuerio, non se desataria porende tal sustitucion pupilar, que ouiesse fecha de su fijo que non fuesse captiuo. E la tercera es, quando pierde la cibdad (71), e la familia, e non pierde la libertad: e esto seria, como si fuesse desterrado para siempre en algun logar cierto. La quarta es, quando pierde la familia (72), e non la cibdad, nin la libertad. Esto seria, como si este fijo atal fuesse emancipado, e non estuuiesse en poder de otro, e el mismo consintiesse que le profijasse otro (73) alguno. Ca estonce mudase en familia agena, porque era ante por si, e se mete en poder de otro, e se faze de la compaña de aquel que lo profijo. E esso mismo seria, si tal moço como este saliesse de poder de su padre,

cit. l. 22. y el §. 3. Instit. *de adopt.*; y siéntalo así Salic. en la l. penúlt. C. *de adopt.* princ. col. 2. y en la l. 2. d. tít.; empero la cit. l. 8. de Part. adjudica la cuarta al hijo arrogado, sin distinguir éntre el puber y el impuber: parece que d. l. deberá interpretarse por la disposicion de esta que se comenta: véase Salic. en d. l. 2 y lo que dije en la cit. l. 8.

(64) Añád. d. l. 10. §. 6. D. *de vulg. et pupill.*: llámase profecticio, lo que el hijo adquiere del padre ó por consideracion al mismo, d. l. y allí Bart. y DD.; añád. Bart. en la l. 20. §. 1. D. *de annuis. leg.*, Abd. en el cap. *sedes*, *de rescript.* col. 5, Juan de Plat. en la l. 1. C. *de castren. omni. palat. pecul.*, Bald. en la l. 9. C. *de donat. ant. rupt.* y l. penúlt. C. *de jur. delib.* y allí Bald.

(65) El padre natural y lejítimo pudo darle sustituto, l. 5. de este tít.

(66) Trae su oríjen de lo anotado por Azon en la Sum. C. *de impub. et aliis subst.* col. 3. vers. *expirat pupillaris*, y de la Glos. á la l. 14. D. *de vulg. et pupill.*

(67) Es decir, al llegar al último dia de los 14 años, si es varon, y al último de los 12 si fuere hembra, l. 5. D. *qui testam. fac. poss.*, Glos. en la l. 2. d. tít. y Alex. en la l. 14. D. *de vulg. et pupill.*: el padre puede limitar la sustitucion pupilar á un tiempo mas corto, l. 21. D. d. tít.

(68) Entiéndase del hijo captivo viviendo su padre, l. 28. D. *de vulg. et pupill.*, Glos. en la ley 10. D. *de captiv.* y l. 11. d. tít.: la tácita vulgar comprendida en la pupilar espresa quedará en pié, Glos. y en ella Bart. en d. l. 28. y el mismo Bart. en la l. 1. d. tít. *de vulg. et pupill.* col. 8. vers. *ulterius quæro*. [Véase la adic. al princ. de la glos. 13]. Si el pupilo cayere en cautividad despues de muerto su padre, si bien en rigor de derecho espira la sustitucion, l. 6. §. 5. D. *de injust. rupt.*, por equidad subsistirá, d. l. 10. al fin, y d. l. 28, tanto si muere impuber, como si hubiere llegado á la pubertad, porque, en el supuesto que muera en el cautiverio, si finge que murió en el instante inmediato anterior al mismo.

(69) Segun esta ley, el cautiverio entre Cristianos no causa alteracion en el estado de la persona cautiva, v. Bart. en la l. 24. al fin. D. *de captiv.*

(70) Añád. d. l. 28. D. *de vulg. et pupill.*, y l. 10. D. *de captiv.*: sobre el caso que padre é hijo cayeren en cautiverio, véase l. 29. D. *de vulg. et pupill.*

(71) Esta es la *capitis diminutio media*, v. l. 17. §. 1. D. *de adopt.*: pueden imponerse estas penas al pupilo que fuese capaz de dolo, l. 14. D. *de tutel.*, l. 23. D. *de furt.* y l. 22. D. *ad leg. Cornel. de fals.*: la razon porque espira la sustitucion en este caso, es, segun Bart., siguiendo á Guilliel. de Cugn., porque el pupilo en semejante estado no podria testar, aunque fuese puber, l. 8. §. 5. D. *qui testam. fac. poss.*, l. 15. tít. 1. de esta Part. Empero, por la l. 4. de Toro el deportado no pierde la testamentifaccion activa, y de consiguiente la sustitucion pupilar no se invalidará en el caso de que se trata.

(72) Esta es la *capitis diminutio minima*, v. l. 17. §. 1. D. *de adopt.*

(73) Sin embargo, en este caso tiene efecto la sustitucion pupilar en virtud de la promesa que debe hacer el padre arrogante, de restituir los bienes del arrogado á los que le hubieran sucedido, caso de no haberse verificado la arrogacion; ll. 18 y 19. D. *de adopt.* ¿Y si muere el padre arrogante, revivirá la sustitucion ordenada por el padre natural? V. Glos. y en ella Bald. col. 5. D. *de adopt.* ¿Qué dirémos en el caso que el pupilo entrase en religion previa dispensa pontificia, ó que fuese entregado al monasterio por su mismo padre? Véanse Bart., Imol., Alex. y Jason en d. l. 14.

(74) De consiguiente, aunque sea por causa de

por qualquier manera (74). E por qualquier destas quatro razones sobredichas, desfallesce la sustitucion que es llamada pupilar. E aun dezimos, que desfallesce, si el moço no quiere ser heredero (75) del testador, que le dio el sustituto. Pero si esto fiziesse engañosamente (76) este atal, queriendo mal al sustituto, e porende no quisiesse ser heredero de los bienes del padre por razon del testamento (77); estonce el Judgador deuele apremiar, que la reciba; e si non la quisiere recebir maliciosamente, non mostrando alguna razon derecha por que lo fazia, maguer muriesse ante que fuesse de edad, aura el sustituto la herencia del testador (78). Otrosi dezimos, que si despues que el moço desechasse la herencia de su padre, se arrepentiesse, diziendo que queria ser heredero, e pidiere a algun Judgador del lugar, que le entregue de la heredad; estonce bien puede ser heredero: e maguer desfallecio la sustitucion, porque non quiso a primas entrar la heredad, afirmase (79) por tal razon como esta, luego que sea entregado della; de guisa, que si muriesse el moço ante que sea de edad de catorze años, heredara el sustituto los bienes del testador, e del moço. Otrosi dezimos, que seyendo quebrantado por alguna razon derecha, el testamento que ouiesse fecho algun testador, en que ouuiesse dado sustituto el padre a su fijo, o alguno otro, en la manera que es dicha pupilar, que se desataria (80) la sustitucion porende. E aun dezimos que desfallesce esta sustitucion pupilar, si el padre fiziere despues otro testamento

dignidad: lo contrario opinó Bald, en la l. 2. princ. D. *de vulg. et pupill.* col. 3. vers. *ulterius quæro quid si exeat;* y quizás este caso deberá esceptuarse de la disposicion de esta l., como indiqué en la l. 14. tít. 8. Part. 4., por ser en utilidad del mismo pupilo el que subsista la sustitucion, l. 26. C. *de inoff. testam.*: sin embargo, no puede desconocerse que las palabras de nuestra ley son muy generales; y de otra parte, la Nov. 61. cap. 2. en que se funda Bart., no se refiere á la sustitucion pupilar: con todo, no me atrevo á separar del parecer de Bart. con el cual convienen generalmente los DD.; atendido que, como llevo dicho, la sustitucion pupilar es en beneficio del pupilo, Glos. en d. l. 26.

(75) Tenemos aquí que la sustitucion pupilar se invalida, repudiando el hijo la herencia paterna, y de consiguiente que la mera existencia del *suus hæres* no confirma dicha sustitucion: prueban lo contrario las ll. 28. D. *de privileg. cred.* 12. D. *de vulg. et pupill.* y 89. D. *de acquir. hæred.* Sin embargo, no creo que esta ley de Part. se propusiera separarse del derecho comun, porque lo hubiera espresado; sino que, cual la l. 11. §. 1. *ad Trebell.*, se refirió al caso que al hijo se le hubiese dado por coheredero un estraño. Las leyes de Part. no han quitado los efectos de la suidad en cuanto es en beneficio de los hijos, arg. l. 21. tít. 3 de esta Part. y lo que allí dije: el beneficio está en ese punto en la confirmacion del testamento del pupilo, Instit. princ. *de pupill. substit.*; v. Bart. Alex. y DD. en d. l. 12., donde puede verse si renacerá la suidad repudiando el heredero estraño, esto es si se confirmará entónces la sustitucion: la opinion general está por la negativa, como tambien lo indica allí Socin. col. 10. ¿En virtud de la l. del Ordenam. se invalidará la sustitucion, por no haberse adido la herencia paterna? Véase lo que digo en la glos. 80.

(76) Concuerda con la l. 2. D. *de vulg. et pupill.* vers. *planè.*

(77) Queriendo suceder ab intestato; v. Bart. en la l. 22. D. *de adopt.*

(78) Y tambien la del pupilo, d. l. 2. vers. *planè*, y allí Paul. de Cast.

(79) Concuerda con d. l. 2. §. 3. D. *de vulg. et pupill.*

(80) Concuerda con la l. 8. §. 5. D. *de inoff. testam.*: la opinion general es que rompiéndose el testamento por causa de preterición, subsistirá lo sustitucion pupilar, en virtud de la auth. *ex causa C. de liber. præter.*, Bart., la Glos. y la generalidad de los DD. en la l. 1. §. 1. D. *de vulg. et pupill.* y en d. auth.: empero Dyn., como refiere Bart. en d. l. sostuvo que la auth. hablaba de legados y fideicomisos, los que no necesitan de testamento, pudiendo dejarse en codicilos ab intestato: y no de la sustitucion pupilar, la que no puede subsistir sin el testamento paterno, l. 2. §. 1. y 4. D. *de vulg. et pupill.* y l. 6. de este tít. de Part.: sostienen ese parecer Jason en d. l. 1. §. 1 y Bald. en d. auth. Nuestra ley aprueba esta opinion que fué la de Azon en la Suma C. *de impub. et aliis subst.* col. 3. al fin; y si bien la l. 11. tít. 7. y l. últ. tít. 8. de esta Part. prohijan la cit. auth., sin embargo, en cuanto á la sustitucion pupilar debemos atenernos á la disposicion de esta l.; sin que obste al parecer la l. 1. tít. 2. lib. 5. del Ordenam., porque habla del caso que falte la institucion de heredero ó la adicion de la herencia, mientras que esta l. de Part. se refiere al supuesto que se invalide el testamento por causa de preterición ó desheredacion, de consiguiente queda salvo en este punto el derecho de Part. el cual va de acuerdo con el romano, l. 10. D. *de lib. et posth.* y l. 6. D. *de condit. ob caus.* Sin embargo, podrá en contra decirse que lo mismo tiene hacer una institucion nula, que dejar de nombrar heredero, cap. *inter corpo-*

acabado (81). Esso mismo seria, si despues que el padre fizo testamento, e dexo sustituto a su fijo, le nasciesse otro fijo (82), o fija.

LEY 11. *Como se faze la sustitucion que es llamada Exemplaris, e como desfallesce.*

Exemplar sustitucion, diximos, que es aquella, que pueden fazer los padres, e las madres (83) a sus fijos (84), que son locos, o sin memoria (85); e fazese en esta manera (86), diziendo assi: Establezco por mio heredero a fulano mio fijo, e si el muriere en aquella locura (87) en que agora es, establezco por su heredero en su lugar a fulano ome. Pero si este loco a quien dan el sustituto.

ralia, de translat.Episc. vel elect. y arg. l. 4. C. *de legit.hæred.*, y en general, el verificar un acto ilegalmente, equivale á no hacerlo de todo punto, l. 2. C. *de succes. edict.* y allí Bart.: además, si cuando falta la institucion, subsiste sin embargo la sustitucion pupilar en virtud de la l. del Ordenam., atendidas las palabras *en las otras cosas*, las que comprenden la sustitucion pupilar, arg. de lo que dice Bart. en d. l. 1. §. 1; con mayoría de razon se sostendrá cuando hubo institucion, y el testamento se invalida por causa de preterición, arg. de lo que dice la Glos. en d. l.: por fin, parece que la cit. l. del Ordenam. no debe limitarse á las mandas y demás disposiciones que pueden hacerse fuera de testamento: véase lo que digo en la l. 2. tít. 7 de esta Part. glos. 7. ¿Qué dirémos si la sustitucion es ejemplar? Bald. en la l. 9. C. *de impub. et aliis substit.* col. 5, opina que no podrá sostenerse si el hijo es preterido; véase allí al adicionador.

(81) Concuerda con la l. 16. §. 1. D. *de vulg. et pupill.*

(82) Porque entónces se invalida el testamento del padre: Bart. en la l. 14. D. *de vulg. et pupill.*, dice, que esto procedia por derecho antiguo, mas no despues de la cit. auth. *ex causa*; pero esta l. de Part. es bien esplícita en este punto; además, véase lo que llevo dicho en la glos. 80. Tan bien se invalidará la sustitucion pupilar si el pupilo muere antes que su padre, l. 11. D. *de captiv.* Juan Andr. en la adic. al Specul. tít. *de testam.* princ. 1. adic. magistral, col. 3. vers. *ex quo sumus*, donde dice que el sustituto no será llamado en virtud de la pupilar, ni por la vulgar tácita; lo que debe entenderse en la forma que Bart. en las ll. 28. D. *de vulg. et pupill.* y 28. *de leg.* 2. y en la l. *patre* D. *de adopt.*

(83) Aun cuando pasaren á segundo matrimonio, Bald. en la l. 9. C *de impub. et aliis subst.* col. 8. en oposicion con Bart. en la l. 43. D. *de vulg. et pupill.*: de acuerdo con Bald. opinan Imol. en d. l. 43. y Salic. en d. l. 9, y el mismo Imol. en el cap. *Raynutius, de testam.*; lo que indudablemente procederá cuando la madre haya ordenado el testamento, cual lo hubiera podido hacer el mismo hijo si se hallara en estado de sano entendimiento; pero no si visiblemente apareciere lo contrario, Ang. Aret. en el §. 1. Instit. *de pupill. subst.* y Guilliel. Bened. en d. cap. sobre las palabras *si absque liberis moreretur*. Podrá tambien la madre ordenar la sustitucion ejemplar, para sus hijos bastardos, esto es para los que la l. 9 de Toro llama *nacidos de vedado ayuntamiento*, Bald. en d. l. 9. C. col. 10. y Guilliel. Bened. lug. cit. col. 4. Si la madre y el abuelo materno hubiesen nombrado sustituto ejemplar, ¿qué nombramiento será preferido? V. Bart. en d. l. 9. col. 11. y mejor Bart. en d. l. 43. col. 8, donde tambien se ocupa del caso que concurrieren en este punto el padre y la madre, y decide como y á que bienes será llamado cada uno de los sustitutos.

(84) Al hijo desheredado parece que no podrá sustituírsele en esta forma, atendido el contesto de esta ley, y el de las ll. 9. C. *de impub. et aliis substit.*, y 43. D. *de vulg. et pupill.*; así opina Bart. junto con la generalidad de los DD. en dd. ll. Empero, en rigor de derecho parece procedente la sustitucion en semejante caso; en efecto, al loco puede desheredársele en virtud de causa anterior á la locura, l. 31. §. 4. D. *de usucap.*, l. últ. §. 4. C. *de curat. furios.* y Bart. en d. l. 43; ahora bien, pudiendo darse sustituto pupilar al impuber desheredado segun la l. 6 de este tít., no hay motivo para que se declare nula la sustitucion ejemplar hecha al loco en el mismo caso, mayormente siendo esta introducida á semejanza de la pupilar. No obsta lo que relativamente á la forma dice esta l. de Part., pues que de la misma suerte se espresa la l. 5 de este tít. relativamente á la pupilar; ni la cit. l. 9. en la que se apoya la opinion general, contra la que están Dec. allí col. 4. y Covar, en su coment. al cit. cap. *Raynutius*, §. 6. *de testam.*

(85) Añad. dd. ll. 9 y 43. y l. últ. §. últ. C. *de curat. furios.* Podrá sustituirse en esta forma á los locos, á los dementes, á los mudos y sordos que no puedan testar, y á los pródigos con interdiccion legal, DD. en d. l. 43. y Bald. en d. l. 9. col. 11.

(86) Puede tambien hacerse con las siguientes palabras generales; *instituyo herederos á mis hijos Ticio y Sempronio y recíprocamente les sustituyo*; si los dos fueren locos ó dementes contendrá dicha fórmula la sustitucion ejemplar, segun Bart. en la l. 45. *de vulg. et pupill.* y allí Alex. col. penúlt. y Jason col. 11: tambien vendrá comprendida, si el testador dijere, *nombro á Ticio por sustituto de mi hijo*, aunque no haga mencion de la locura, segun Bart. en d. l. 43. D. *de vulg. et pupill.*

(87) La sustitucion hecha en esta forma com-

ouiere fijo, o nieto (88), o alguno de los otros que descienden por derecha liña del, deuenlos sustituir (89) en su lugar, e non otros. E si alguno destos non ouiere, estonce le pueden dar sustituto a su hermano, si lo ouiere; e si non ouiere hermano, puedenle dar por su sustituto otro estraño (90). E tal sustitucion como esta, es dicha exemplar; porque es fecha a semejança, e a exemplo de la pupilar. Ca assi como al moço menor de catorze años dan sustituto, porque no ha entendimiento de fazer testamento, si muriere en tal tiempo; por esta misma razon le pueden dar al loco, o al desmemoriado; e si muriere en la locura, aura el sustituto todos los bienes del. Pero tal sustitucion como esta se puede fazer en tres maneras. La primera es, si quando aquel a quien dan el sustituto, es desmemoriado, e despues desso torna en su memoria (91). La segunda es, quando le nasce fijo (92), o fija. La tercera (93) es, si aquel que la fizo, la revoco por otro testamento, que fizo despues.

prenderá la vulgar, si el hijo recobrando el juicio no quisiere ser heredero, ó sus curadores repudiaren en su nombre, caso de continuar en el mismo estado: comprenderá la pupilar, si el hijo muere impuber y loco; y será verdaderamente ejemplar, si falleciere puber y en estado de locura; segun Bart. en d. l. 43. D. *de vulg. et pupill.*, cuya opinion es la general. Supóngase hecha la sustitucion en los términos que propone esta l. de Part., y luego que el hijo haya fallecido impuber y en el goce de sus facultades intelectuales ¿será llamado el sustituto en fuerza de la pupilar tácita? Esta es cuestion interesante, pues que si la sustitucion es pupilar no importa quien sea el sustituto, al paso que siendo ejemplar es preciso sustituir la persona que deberia suceder abintestato, como se espresa en esta misma ley: Alex. en d. l. 43. col. 6., de acuerdo con Salic. en la l. 9. C. *de impub. et aliis subst.* col. 7., opina que la sustitucion no producirá efecto alguno, dado que no vino el caso espresado por el testador: esto es digno de notarse. Quizás deberíamos esceptuar el caso que el sustituto fuese un estraño; pues que entónces, no pudiendo subsistir la ejemplar, parece que la intencion del testador ha sido sustituir pupilarmente; y á la verdad, el carácter de la sustitucion depende de la intencion del que la ordena, l. 6. C. *de testam. milit.* y l. 21. D. *de vulg. et pupill.*: sin embargo, pudiera tambien decirse que la intencion fué sustituir pupilarmente para el caso que el hijo falleciese en estado de demencia ó locura. Será mas conveniente, pues, que la sustitucion se conciba en esta forma: *sustituyo F. á mi hijo loco*, porque entónces tendrémos para su caso la pupilar espresa, segun Bart. y los DD. lug. cit. Adviértase que aun cuando la sustitucion ejemplar se formulase en los términos de esta l. de Part. comprenderá tambien el caso que el hijo muera mudo, sordo ó declarado pródigo, l. 29. §. 5. D. *de liber. et posth.* y Bart. y Alex. en d. l. 43.

(88) La ley no distingue, pero debe entenderse del hijo ó nieto de sano entendimiento, á tenor de la l. 9. C. *de impub. et aliis substit.*; pues que los hijos locos ó dementes están escluidos de esta sustitucion, si bien les queda salva la legítima, Ang. y Dec. en d. l. 9.

(89) Si fueren dos ó mas, basta sustituir uno, d. l. 9., con tal que á los demás se les instituya en la legítima ó se les desherede, glos. últ. en d. l. 9. y allí Alex. y Dec. donde da solucion á la l. 8. §. 5. D. *de inoff. testam.*: esta es la opinion general, segun Ang. en el §. 1. Instit. *de pupill. subst.*

(90) El cual sucederá con esclusion de la madre, como se deduce de esta l. y lo sostiene Bart. en la l. 43. D. *de vulg. et pupill.* col. 6 y 7.; y esta es la opinion general defendida por Dec. contestando á Bald. y otros en d. l. 9. 6. notab.—*Creemos al contrario, que ni la madre ni los otros ascendientes quedarán escluidos por lo que mira á su parte legítima, en particular despues de la l. 6. de Toro: véase lo que dijimos en la adic. á la glos. 32.

(91) Si cayere otra vez en la locura, la sustitucion renacerá, segun Bart. en la l. 43. D. *de vulg. et pupill.* col. penult. y arg. l. 6. C. *de curat. furios.* y l. 53. D. *de ædilit. edict.*: esto no tiene dificultad si es breve el intervalo: si fuese largo, tal vez no renacerá la sustitucion; así opinan Bald. en d. l. 9. C. *de impub. et aliis subst.* vers. 4. *quæro*, y Ang. en el §. 1. Instit. *de vulg. et pupill.*

(92) Concuerda con la l. 43. D. *de vulg. et pupill.*: entiéndase del hijo legítimo y natural, por ej. del que procede de matrimonio contraido antes de la locura, l. 8. D. *de his qui sunt sui vel alien. jur.*; v. Jason en d. l. 9. col. últ. Opina Guill. Bened. en el cap. *Raynutius, de testam.* sobre las palabras *si absque liberis moreretur*, 2.ª rep. sobre esta materia, que el hijo debe ser de sano entendimiento, y que en el caso contrario no romperia el testamento; y fúndase en que los hijos nacidos que se hallasen en estado de demencia ó locura, no lo rompieran segun d. l. 9.: paréceme que esta decision no puede sostenerse en presencia de las palabras generales de nuestra ley y de la cit. l. 43., las que en este punto no distinguen: á mas de que, como llevo dicho, la cit. l. 9. debe entenderse bajo el supuesto que los otros hijos dementes ó locos, se hallen instituidos en la legítima ó desheredados.

(93) Añádase otra causa, que proviene de aquel á quien se ha hecho la sustitucion, cuya

LEY 12. *Como se faze la sustitucion, a que llaman en latin Compendiosa, e que fuerza ha.*

Compendiosa sustitucion, de que de suso fablamos, se faze desta guisa (94), como si dixesse el testador: Fago mio heredero a fulano mio fijo (95), e quando quier que el muera, sea su heredero (96) tal ome. En tal caso como este deziemos, que si es Cauallero (97) aquel que la faze por tales palabras, e el fijo, a quien dan el sustituto, ha madre (98), si se muriere el moço ante de catorze años (99), e la fija ante de doze, estonce el sustituto heredara todos los bienes del: e la madre non aura ninguna cosa (100) ende. E si el moço, o la moça, muere despues (101) de la edad sobredicha, estonce aura la madre (102) la tercera parte (103) de la heredad, de todos los bienes

causa se halla indicada por Bart. en la cit. l. 43. princ., con el cual concuerdan los DD.

(94) Puede tambien hacerse en términos generales, aunque no se añada la palabra *quando quiera*, diciendo por ej., *si mi hijo falleciere, sustitúyole Pedro*; pues que lo indefinido equivale á lo universal, l. 44. D. *de leg.* 2., y Glos. en la l. 6. C. *de testam. milit.* tambien puede hacerse en esta forma: *si mi hijo falleciere sin hijos* etc. Glos. en el cap. *si pater*, *de testam.* lib. 6.; ó bien diciendo, *si mi hijo falleciere impuber, ó antes ó despues de los 25 años*, etc. l. 15. D. *de vulg. et pupill.* y allí Bart.

(95) Supone que el instituido es un hijo, para que la compendiosa comprenda tambien la pupilar, l. 8. C. *de impub. et aliis subst.* y allí la Glos. y el cap. *si pater*, *de testam.* lib. 6.: el militar puede tambien sustituir de esta suerte á un estraño, véase mas abajo esta ley junto con la Glos.

(96) Esta es la fórmula llamada directa, Glos. en las ll. 7 y 15. D. *de vulg. et pupill.*, v. Glos. en la l. 14. C. *de fideicom.* en la palabra *directis* y Bart. en la l. 2. C. *communia de leg.*

(97) Lo mismo tendremos si fuere profesor, abogado ó clérigo, segun Alex. el cual trata latamente este punto en la l. 15. D. *de vulg. et pupill.* col. 1. y siguientes: si bien impugna Socin. esta opinion, parécenos que debe seguirse, porque el motivo del privilegio de los militares no está en la ignorancia de los de esta clase, y si en las ocupaciones de la carrera; motivo que abraza indudablemente á los profesores y abogados en ejercicio, así como al clérigo; v. l. 8. tít. últ. Part. 2 junto con lo anotado en ella. Cuando se habla de los militares entiéndase de los que sirven al estado, Alex. lug. cit. Bald. en la l. 6. C. *de testam. milit.* y lo que digo en la l. 49. tít. 5. Part. 5. — * Véase sobre toda la materia de esta l. de Part. la adic. á la glos. 116.

(98) Lo mismo será si tuviere abuela ú otro ascendiente á quien se deba la legítima, l. 15. D. *de inoff. testam.* y l. 6. de Toro.

(99) Por ahí se ve que la ley supone hecha la sustitucion compendiosa á un hijo impuber. ¿Qué dirémos si bajo la misma fórmula que aquí se propone, el militar sustituyese á un hijo que ha entrado en la pubertad? ¿valdrá la sustitucion como directa, quedando la madre privada de la legítima? La glos. en la l. 8. C. *de impub. et aliis subst.* y Azon en la suma C. d. tít. opinan por la afirmativa y así piensa la generalidad de los DD.: véase en d. glos. la razon de diferencia.

(100) Concuerda con d. l. 8. y con la l. 8. § 5. D. *de inoff. testam.*

(101) Entiéndase sin hijos, l. 102. D. *de condit. et demonst.*, l. 30. C. *de fideicom.* y l. 10. tít. 4. de esta Part. junto con lo que allí dije.

(102) ¿Sucederá abintestato á los demás bienes del hijo, con el gravámen de restitucion á favor del sustituto? ¿ó bien este sucederá directamente á los mismos en virtud del privilegio militar, quedando salva la legítima del hijo (derecho que no puede quitar el militar cuando sustituye para despues de la edad pupilar) y demás que aquí se indica en beneficio de la madre? No espresando aquí la ley que el sustituto deba recibir los bienes por conducto de la madre, como lo hace en el caso de que se ocupa al fin, parece ser su intencion que el sustituto sea llamado á dichos bienes directamente, y no á título de fideicomiso. Esta cuestion es de grande importancia, á causa de la mayor ventaja que tiene la sucesion directa, respecto de la fideicomisaria, Bart., Ang. y Alex. en la l. 15. D. *de vulg. et pupill.* col. 2., y mas latamente Guill. Bened. en la repet. al cap. *Raynutius de testam.* sobre las palabras *si absque liberis moreretur*, la 2.ª en la materia de la sustitucion compendiosa; véase la glos. sig. y la 104.

(103) Esta era la legítima del hijo por las ll. de Part. y romanas, l. 17. tít. 1. de esta Part, y auth. *novissima C. de inoff. testam.* Con esto parece desecharse la opinion de los DD. en la l. 15. D. *de vulg. et pupill.*, quienes, siguiendo á Bart., dicen, que la sustitucion compendiosa hecha por el militar al hijo impuber con palabras directas, valdrá como directa militar con esclusion absoluta de la madre, si el hijo muere en la pubertad: Paul. de Cast. opinaba que ni por medio de la militar directa, cuando se hace á un hijo puber, podia privarse á la madre de la legítima, ni á los demás ascendientes, si aquella faltaba: Alex. creia arreglada esta decision al derecho novísimo, mas no al antiguo del Digesto, en virtud del cual el militar podia privar al hijo de la legítima, y hasta desheredarlo sin justa causa, l. últ. D. *de inoff. testam.* En efecto, por

que el moço heredo de su padre, e todo lo al que gano de otra parte, onde quier que lo ganasse; otrosi las sepulturas que le pertenescen de linage de su padre (104): mas todos los otros bienes (105) del finado (106) deue auer el sustituto. Mas si el Cauallero, non auiendo fijos, establesçiesse en su testamento por heredero alguno, (c) que non fues se de los que descendiessen del (107), estonce el sustituto que fuesse y puesto por las palabras sobredichas (108), auria toda la heredad (109) del

(c) que fuese de los Acad.—que non fuese de los Escurial. 2, 3 y 4.

derecho novísimo el hijo no puede ser desheredado sin justa causa, ni aun por el militar: esta es la opinion mas general, segun la glos. en la. l. *adversus* y en la l. últ. C. d. tít. y Bart. y los DD. en d. auth.; de lo que parece inferirse que ni por medio de la sustitucion directa militar podrá privarse al hijo de la legítima. Empero, Socin. en d. l. 15., contestando al argumento de Alex. dice, que de la disposicion correctoria del derecho antiguo en punto al acto odioso de la desheredacion, no puede argüirse al caso que el hijo se halle instituido con el gravámen de la sustitucion directa. Lo mismo opina Dec. en d. l. 8. col penúlt. n.º 25., añadiendo otra razon, á saber, que es de la naturaleza de la sustitucion directa el que todos los bienes, sin disminucion alguna, pasen al sustituto; á lo que es consiguiente, segun él, que el hijo quede privado de la legítima en virtud de la directa militar, tanto por derecho nuevo, como atendido el antiguo; véase al cit. D. y á Socin. en d. l. 15. chart. penúlt. col. 3. Nuestra l. de Part. por consideracion á la madre cuando está de por medio, aprueba la opinion de Azon en la Suma C. *de impub. et aliis substit.*, convirtiendo en fideicomisaria la sustitucion directa militar, así que el hijo llega á la pubertad; opinion que es tambien la de la Glos. en d. l. 8, en la que esta opinion se funda muy bien, de manera que no puede satisfacer ninguna de las soluciones que á d. l. dan los DD. que opinan en contrario: esto sentado, tenemos que la sustitucion fideicomisaria dejará salva la legítima, ll. 32 y 26. C. *de inoff. testam.* y l. 11. tít. 4. de esta Part. Adviértase que estableciéndose esto en beneficio de la madre, tendrémos que si esta falta, los herederos del hijo á quienes no se deba la legítima serán enteramente escluidos por la directa militar, en virtud de lo que llevamos dicho mas arriba: sin embargo, si la sustitucion se hubiese hecho por medio de la palabra general *sustituyo*, se convertiria en fideicomisaria, aunque no existiese la madre, así que el hijo llegase á la pubertad, segun Alex. en d. l. 15. col. 14. Adviértase además que para tener la madre la legítima del hijo, es menester que este haya adido la herencia, como se supone en d. l. 8., pues que de lo contrario, el sustituto seria llamado en fuerza de la vulgar comprendida en la compendiosa, y de consiguiente sucederia al testador, y no al hijo, Instit. princ. *de vulg.* y la Glos. y DD. en la l. últ. C. *de inst. et subst.*

(104) Entiéndase, así de los sepulcros familiares; como de los hereditarios, l. 42. §. 1. D. *ad Trebell.*, ll. 5 y 6. D. *de relig. et sumpt. funer.* y l. 4. C. d. tít. Esto confirma que la sustitucion compendiosa de que se trata aquí, se convierte en fideicomisaria por consideracion á la madre, al llegar el hijo á la pubertad; porque si subsistiere en calidad de directa, el derecho á los sepulcros pasaria al sustituto, segun dd. ll. 4 y 6. El fideicomisario no sucede á ellos, porque no es heredero en rigor de derecho, d. l. 42. Lo mismo que de los sepulcros dirémos del derecho de patronato, Bart. en d. l. 42., Alex. en la l. 40. §. 2. D. d. tít. *ad trebell.* y en la l. 15. D. *de vulg. et pupill.* col. 9. y Juan de Imol. en la l. 55. princ. D. *ad Trebell.*

(105) Los prelegados y donaciones que el padre hizo al hijo, pertenecerán á la madre ó al sustituto? v. l. 3. §. 4. D. *ad Trebell.* y allí Alex. y l. 6. C. *de fideicom.* De estas palabras, *todos los otros bienes* se deduce bien claramente que la madre no puede deducir la trebeliánica: cesará pues semejante deduccion siempre que el testamento sea militar. En este punto nuestra ley ha seguido el parecer de la Glos. en la l. 8. C. *de impub. et aliis substit.*, contra lo que opinaban Bart. y los DD. en la l. 1. §. 6. D. *ad Trebell.*, cuya opinion dicen ser la general Socin. y Ripa. en d. l. y en la l. 1. C. *de testam. milit*: al contrario Alex. en la l. 3. D. *ad Trebell.* princ. 3. notab., aseguraba ser la general la de la Glos.; véase lo que digo en la glos. 116.

(106) De estas palabras puede inferirse que los frutos existentes al tiempo de la muerte del testador pertenecerán al sustituto, l. 15. D. *de vulg. et pupill.*, pero no si los cogió el heredero, aun cuando no los hubiese consumido, porque jamás han pertenecido al testador, ll. 18. princ. y 22. §. 2 y 3. D. *ad Trebell.*: no importa que la sustitucion sea la militar directa, segun la mayoria de los DD. y Ang., Cast., Alex. y otros en d. l. 15. á pesar de la decision contraria de Bart. en d. l.: nuestra ley manifiesta claramente aprobar la opinion comun.

(107) Concuerda con Azon en la Suma C. *de impub. et aliis subst.* col. 3. vers. *compendiosa*, donde dice; *at ubi miles homini extraneo puberi, postque hæres existit, substituit directo, non habetur illa consideratio, habet vel non habet matrem; nam nihil ad legem vel ad testatorem de matre ejus.*

(108) De esto y de lo que dice Azon y acabamos de transcribir, se colige, que la sustitucion

heredero, quando quier que muriesse (110). E si aquel que fizo la sustitucion por las palabras sobredichas (111), non es Cauallero, e aquel a quien dan el sustituto, es menor de catorze años, si muriese este atal ante que sea de edad de catorze años, seyendo varon, o muger de doze, aura el sustituto la heredad, e la madre non aura ende ninguna cosa. Mas si muriere despues desta edad, estonce el sustituto non heredara ninguna cosa (112) de los bienes de aquel en cuyo lugar fue sustituto; ante los deue auer la madre, si la ouiere, o sus parientes del muerto los mas propincos. Pero si este, que non es Cauallero, dixesse assi, quando fiziesse su testamento: Establezco tal mio fijo por mio heredero, e quando quier que el muera sin fijos (113), dexole por sustituto en su lugar a fulano ome; o, quiero que sea su heredero fulano; estonce, si el muriere despues

hecha por el militar á un estraño con aquellas palabras, *en cualquier tiempo que falleciere*, es en realidad compendiosa, aunque no distinga entre el tiempo de la pubertad y el de la impubertad, y si solo en punto á la adicion ó no adicion: segun Juan de Imol. en la l. 3. §. 4. D. *ad Trebell.* es en este caso de naturaleza particular.

(109) Pero no los prelegados hechos por el militar á favor del primer heredero, segun Alex. en oposicion con Imol. en d. l 3. §. 4. col. 2.

(110) El militar tiene el privilegio de poder ordenar la sustitucion directa para despues de adida la herencia, de lo que resulta la institucion de heredero para cierto tiempo, ll. 5. y 41. princ. y §. 4. D. *de testam. milit.* y en la primera la Glos.

(111) Es decir, con palabras directas. Si lo hiciere con palabras oblícuas ó de fideicomiso, la sustitucion valdrá indistintamente en clase de fideicomisaria, l. 41. §. 2. D. *de vulg. et pupill.* y Bart. en la l. 15. d. tít.

(112) Con la pubertad esta sustitucion espira, en términos que ni en clase de fideicomisaria tiene efecto, siendo hecha por un paisano con palabras directas, l. 7. D. *de vulg. et pupill.* Apruébase aquí la opinion de Azon en la Suma C. *de impub. et aliis subst.* col. 3., y es la de la Glos. en las ll. 7., 14. y 15. D. *de vulg. et pupill.* y 8. C. *de impub. et aliis subst.*, en el §. 1. Instit. *de pupill. subst.*, y en el cap. *si pater, de testam.* lib. 6.; opinion que sostienen en d. l. 15. Alex. col. 16. y 17. y Jason nº 19., calificándola de general: favorécela bastante el cit. cap. *si pater*, donde se lee que alguna vez, mediando justa causa, se considera comprendida la sustitucion fideicomisaria en la compendiosa, indicando con esto que de ordinario no tiene cabida esa interpretacion. Repruébase pues aquí el parecer de Juan Andr. en d. cap. *si pater*, el cual opina que en el caso de que se trata, la sustitucion compendiosa se resolverá en fideicomisaria, parecer que siguen varios DD. citados por Alex. en d. l. 15., y en particular Dec. en d. l. y en la cit. l. 8. col. 6. nº. 17., donde dice, que lo recomienda la equidad, pues que por este medio se sostiene la voluntad del testador, el cual quiso sin duda disponer tambien la fideicomisaria por medio de la fórmula compendiosa en la que se comprende dicha sustitucion, arg. d. l. 8.; y que aun cuando usara de palabras directas, impropias en los fideicomisos, es indudable que podemos prescindir del riguroso sentido de las palabras del testador, cuando se trata de salvar su voluntad, como dice Bart. en la l. 3. D. *de reb. dub.*; y añade que este parecer de Juan Andr. deberá principalmente seguirse en el tribunal del Delfinado, donde con preferencia se atiende á la equidad y á la voluntad del testador, así como en el juicio de árbitros, y tambien cuando el sustituto fuese persona muy querida del testador, ó una causa piadosa, Juan B. de S. Sever. en d. l. 8. citado por Dec. La disposicion de esta ley de Part., conforme con la primera opinion, cesará: 1.º si el testador hubiese añadido las palabras, *sin hijos*, ó si dijo, *en cualquier tiempo que falleciere sin hijos*; entónces, aunque concebida con palabras directas la sustitucion, se convierte en fideicomisaria así que el instituido llega á la pubertad, como diré mas abajo: 2.º si se añadió la cláusula codicilar, la que hoy dia es muy comun; en este caso tambien se convertirá en fideicomisaria la sustitucion, Ang., Imol., Alex. y en particular Bart. en d. l. 7., Dec. en d. l. 8. col. 10., arg. l. 5. C. *de fideicom.* y allí Paul. de Cast. y Guilliel. Bened. en la repet. al cap. *Raynutius, de testam.* sobre las palabras *si absque liberis moreretur*, la 2.ª en el tratado de la *compendiosa*: col. 18.; si el testador usó de palabras equivalentes á dicha cláusula, se inducirá esta en beneficio de los hijos, Juan B. de S. Sever. lug. cit. De lo que llevamos dicho se infiere que la sustitucion compendiosa hecha con palabras directas por un paisano al que ha salido de la edad pupilar, será de ningun efecto, Glos. en el §. 9. Instit. *de pupill. subst.* y Alex. en d. l. 15. col. 19. —*Lo que hemos dicho en la adic. á la glos. 27. respecto de la sustitucion hecha al emancipado y á un estraño, es aplicable á la sustitucion directa hecha al hijo para despues de la edad pupilar: así que, en nuestro dictámen, tendrá efecto la sustitucion directa en el caso de que trata aquí la l. de Part., quedando siempre salva la parte legítima á la madre.

(113) Este es el último de los casos que puso Azon en esta materia de la sustitucion compendiosa, lug. arriba cit. ¿Qué diremos si un paisano la hiciere por medio de la palabra general sustituyo, sin hacer mencion de la falta

de la edad sobredicha (114), aura la madre del fijo de las tres partes de los bienes la una; e las otras cosas (115) que de suso diximos; e todos los otros bienes (116) deue auer el sustituto de mano

de hijos? valdrá como directa en la impubertad, y despues en clase de fideicomisaria? ó bien como fideicomisaria sin distincion de tiempos? Nuestra ley no lo decide, siendo diferente de este el caso de que se ocupa: Azon lug. arriba cit. sostiene que valdrá indistintamente como fideicomisaria, porque la palabra sustituyo se acomoda al fideicomiso, l. 6. §. ult. C. *de instit. et subst.*, y porque esa interpretacion deja salva en todo tiempo la disposicion, l. 11. D. *de reb. dub.*; lo mismo opina la Glos. en la l. 15. D. *de vulg. et pupil.*, en la l. 8. C. *de impub. et aliis subst.* y en d. cap. *si pater*; y Bald. dice ser esta la opinion general en la l. 4. D. *de vulg. et pupill.* y en algunos concilios citados por Dec. en d. l. 8. donde cita otros que sostienen la misma opinion. Empero, la Glos. en el §. 1. Instit. *de pupill. subst.* decide, que, si el instituido muere impuber la sustitucion valdrá como directa, escluyendo á la madre el sustituto; y en clase de fideicomisaria, si aquel fallece en la pubertad: apoyan esta decision varios DD. citados por Alex. y tambien este en d. l. 15. col 2. y 3. y otros citados por Dec. en d. l. 8. col. 11.; Bart. en dd. ll. 8. y 15. y Bald. en d. l. 8. col. 2. junto con otros DD. sostienen la primera opinion, cuando la madre está de por medio; y Juan de Aret. consil. 159. dice ser este parecer el mas general; si bien otros dicen que la opinion comun está contra Bart., á los cuales contesta Dec. que no es fácil decidir que opinion sea la general, pero que la de Bart. es muy equitativa, pudiendo además, con la distincion que hace, conciliarse todas las opiniones; y añade que en medio de esa divergencia, el juez deberia por equidad adjudicar únicamente la legítima á la madre, y no la trebeliánica, lo que parece muy conforme en materia tan dudosa. Guill. Benet. lug. arriba cit. col. 24 y 25. hace la asercion atrevida, que la opinion de la Glos. en d. §. 1. Instit. es la general, y la sostiene impugnando la contraria *ad absurdum*. Nuestra ley de Part., como llevamos dicho, no decide este caso, y si el de la compendiosa bajo la condicion *si falleciere sin hijos*, lo mismo que el cit. cap. *si pater;* siendo de notar que segun esta ley, la sustitucion, aunque sea con palabras directas, se convierte en fideicomisaria al llegar á la pubertad el instituido, si existe la condicion indicada, pero no si ella falta, como lo manifiesta en la cláusula anterior, lo que parece oponerse á lo que sienta la Glos. en d. §. 1. Instit. *de pupill. subst.* Sin embargo, tengo ese parecer por el mas arreglado á derecho, y el mas conforme con la mente del testador y el espíritu de esta l. de Part.: en efecto, si en el caso que el testador hizo la sustitucion compendiosa con palabras directas y bajo la condicion *si falleciere sin hijos*, la tomamos por pupilar dentro la impubertad, á pesar de no ser verosímil que el testador pensara en dicha edad en la que no cabia condicion semejante, y mas adelante como fideicomisaria; con mayoría de razon debemós admitir las dos sustituciones cuando dicha condicion no exista, y la disposicion sea concebida con palabras generales que se acomoden indistintamente á la pupilar y á la fideicomisaria: no tiene nada de irregular que la sustitucion tenga segun el tiempo un carácter distinto; por exigirlo asi la intencion del testador.

(114) Es decir, despues de la edad pupilar: luego, *á contrario sensu*, si el instituido falleciere impuber, el sustituto adquirirá, en virtud de la pupilar comprendida en la compendiosa, todos los bienes, escluyendo á la madre y á todos los sucesores legítimos. Desechase pues aquí la opinion de Azon en la Suma C. *de impub. et aliis subst.*, el cual quiere que esta sustitucion sea en todo tiempo fideicomisaria, porque la fórmula de que se trata es mas bien propia de la fideicomisaria, que de la directa, tanto atendida la ley como la costumbre: y de otra parte, la sustitucion no puede cambiar de carácter segun los tiempos, sin que al llegar á la pubertad el instituido, demos una interpretacion violenta á las palabras para suponerlas oblicuas ó de fideicomiso: y por fin, añade, la condicion *si falleciere sin hijos*, manifiesta que la sustitucion fué tambien fideicomisaria para el tiempo de la impubertad, pues que entónces no puede tener hijos el instituido: es del mismo parecer la Glos. en la l. 8. C. d. tít., y hace al caso la l. 4. §. 3. D. *qui pet. tutor.* citada por Bald. en d. l. 8. Empero, esta l. de Part. parece haber querido conformarse con el cap. *si pater*, *de testam.* lib. 6. Opinaban cual aquí se decide, la Glos. y Bart. en la l. 15. D. *de vulg. et pupill.* y allí mismo Alex. col. 5. y 6., Salic. en d. l. 8. y Oldral. consil. 125.; á mas de que, esta era la opinion general, segun atestigua Guilliel. Bened. en d. repet. al cap. *Raynutius*, *de testam.* sobre las palabras *si absque liberis*, la 2ª. en el tratado compendiosa fol. antepen.

(115) A saber, los bienes del hijo y los derechos de que habla mas arriba.

(116) Por aquí se ve que ni aun siendo paisano el testador, podrá la madre deducir á la vez la legítima del hijo y la trebaliánica, y ni aun cuando el hijo fuese gravado bajo la condicion *si muriere sin hijos;* si bien en distintos tiempos tendrá lugar la detraccion de las dos cuartas, á saber, cuando el hijo es gravado bajo condicion ó para un dia incierto: de otra suerte pensaron los DD. en la l. 15. D. *de vulg. et pupill.*, donde tratan

della, quando quier que muera el moço.

LEY 13. *De la sustitucion a que dizen en latin Breuiloqua, como se deue fazer, e que fuerça ha.*

Breuiloqua substitutio en latin, tanto quier

de la diferencia entre los efectos de la sustitucion directa y los de la fideicomisaria. Luego, atendido el derecho de Part. no tendrá lugar esta cuestion: mucho menos cabe atendidas las leyes del Fuero y de Toro, por las que el padre puede disponer libremente del quinto, y del tercio aquel que no tiene descendientes y si solo ascendientes legítimos; en efecto, si el hijo grava al padre con la restitucion del tercio, ó un padre á su hijo con la del quinto, en ninguno de los dos casos podrá deducirse la trebeliánica por el heredero gravado, porque aquel á quien el tercio ó quinto debe restituirse se considera mero legatario, segun Bart. en la l. 8. §. últ. y en las ll. sigs. D. *de leg.* 2. En dicha cuestion, el parecer general de legistas y canonistas estaba á favor de la deducion de las dos cuartas, fundándose en el cap. *Raynutius*, *de testam.*: de este punto me ocuparé con mas detencion en las ll. 1. y últ. tít. 11. de esta Part. —*Esta ley de Part. resulta en gran parte modificada por las leyes de Toro y del Ordenamiento. Teniendo en cuenta lo que prescriben aquellas sobre la legítima de ascendientes y descendientes, y la disposicion trascendental de la ley del Ordenamiento, que destruye el principio de los romanos que no permitia morir parte testado y parte intestado; parécenos que esta l. de Part. deberia refundirse en los siguientes términos: «La sustitucion compendiosa es la que se hace en esta forma; instituyo heredero á mi hijo, y en cualquier tiempo que muera le sustituyo F. Ya sea *militar* ya fuere *paysano* el que haga esta sustitucion, tendremos que si el hijo muere dentro la edad pupilar, el sustituto heredará los bienes del mismo, *escepto los dos tercios* que á título de legítima vindicará la madre, si viviere: si el hijo fallece despues de haber llegado á la pubertad, al sustituto corresponde el *quinto* de los bienes procedentes del testador, y los restantes cuatro quintos, junto con los demás bienes del hijo, se adjudicarán á los herederos testamentarios ó legítimos de este. *Lo mismo tendremos* si la sustitucion compendiosa es con la cláusula de morir sin hijos el instituido. *Si la sustitucion compendiosa* es hecha á uno que no sea descendiente del testador, el sustituto heredará todos los bienes de este, el dia en que muera el instituido.» En primer lugar, no hacemos diferencia entre el militar y el paisano, porque el privilegio que en esta parte tenia el primero, consistia en poder prescindir de ciertos principios, que la ley del Ordenamiento ha borrado: en efecto, si al paisano se le negaba la facultad de sustituir directamente para despues de la edad pupilar, era porque el rigor de los principios no permitia instituir un heredero para cierto tiempo; y fundábase esto en sutilezas que indudablemente hizo desaparecer la cit. l., como demostramos en las adics. á la glos. 27 de este tít. y á la 64. del anter. En segundo lugar, reservamos los dos tercios á la madre, en el supuesto de morir el hijo en la impubertad, porque esta es la legítima de los ascendientes segun las leyes de Toro, y de cuya porcion no puede ser privada la madre, en virtud de las mismas leyes, aunque exista sustituto pupilar, como llevamos dicho en la adic. á la glos. 32. En tercer lugar, en el supuesto de fallecer el hijo despues de haber llegado á la pubertad, adjudicamos al sustituto el quinto de los bienes procedentes del testador, en vez de los dos tercios de que habla la l. de Part.; porque al dejar esta ley salvo el tercio para los herederos del hijo, ha sido por ser esta porcion la legítima del mismo; de lo que se sigue que consistiendo ella en los cuatro quintos por las leyes de Toro, no quedará mas del quinto para el sustituto. Decimos que los restantes cuatro quintos junto con los demás bienes del hijo se adjudicarán a sus herederos testamentarios á legítimos, y nos concretamos á la madre, atendido que no puede dudarse que la ley habló por via de ejemplo al hacer mencion de ella sola: seria absurdo pretender que el testamento del padre podia impedir la sucesion testamentaria ó legítima del hijo que ha llegado á la pubertad, con respecto á los bienes propios del mismo hijo. Hemos añadido que lo mismo tendria lugar aunque la sustitucion compendiosa se hiciese con la cláusula, *si falleciere sin hijos*; y así resulta de lo que habemos espuesto: en efecto, la simple compendiosa, como directa, no podia hacerse por el paisano para despues de la impubertad; valia sí, mediante dicha cláusula, porque le daba á la sustitucion el carácter de fideicomisaria: empero, pudiendo el paisano, lo mismo que el militar, á consecuencia de la ley del Ordenamiento, instituir un heredero para cierto tiempo, la simple compendiosa subsistirá al igual de la otra: tampoco se distinguirán en los efectos, pues que, si bien la fideicomisaria da lugar á la detraccion de la trebeliánica, es claro que en nuestro caso no se hará uso de ella, prefiriéndose la detraccion de la legítima: y es por esto que la l. de Part. no hace mencion de dicha cuarta. En fin, por la misma razon, tampoco distinguimos entre el militar y el paisano, en el caso de hacerse la sustitucion á un estraño. Pero, quizás deberia distinguirse aquí entre la simple compendiosa y la que se hiciere con la indicada cláu-

dezir en romance, como segundo establescimiento de heredero, que es fecho breuemente (117). E tal sustitucion como esta se faze (118) en esta manera. Como si algund testador ouiere dos fijos menores (119) de catorze años, a quien establesciesse por sus herederos, diziendo assi: Fagovos mios herederos a amos a dos, e establezcovos por sustitutos al vno del otro de so vno. E en la sustitucion que es fecha desta manera contienense quatro sustituciones (120), dos vulgares, e dos pupilares. Ca qualquier destos moços sobredichos, que non quiera entrar la heredad, o si la entrare, e muriere ante que sea de catorze años, aura el otro toda la heredad.

LEY 14. *De la sustitucion que es llamada en latin Fideicommissaria.*

Fideicommissaria sustitutio en latin, tanto quiere dezir en romance, como establescimiento de heredero, que es puesto en fe (121) de alguno, que la herencia dexa en su mano, que la de a otro; assi como si dixesse el fazedor del testamento: Establezco (122) por mio heredero a fulano,

sula; y pues que en el segundo caso la considera la ley como fideicomisaria, tendria lugar la detraccion de la trebeliánica.

(117) L. 37. §. 1. D. *de hæred. instit.*

(118) Puede tambien hacerse la sustitucion recíproca en los términos de la l. 81. §. 8. *de leg.* 1. v. Bart. en la l. 45. D. *de vulg. et pupill.* col. 1. donde dice que es tal la de la l. 24. D. *de hæred. instit.* ¿Qué diremos si se diere sustituto al último de los herederos que falleciese? ¿se deducirá de aquí una sustitucion recíproca? V. l. 87. §. 2. D. *de leg.* 2., los DD. y particularmente Socin. en las ll. 57. §. 1. D. *ad Trebell.* y 37. *de vulg. et pupill.* y en el §. 6. Instit. *de pupill. subst.*: además de la cit. l. 87. §. 2., la que es acomodada al caso, véase al mismo Socin. consil. 113. al fin vol. 1., consil. 238. al fin col. últ. y consil. 249. col. 4., 5., 6 y 7. vol. 2. y consil. 104. col. 5. y 7. vol. 3., véase tambien Dec. en el consil. 238. 1ª. duda, además Bart. en la l. 69. D. *de acquir. hæred.* y Alex. consil. 91. y 105. vol. 1. y consil. 14. vol. 4. col. penúlt. al fin.

(119) Añád. l. 4. D. *de vulg. et pupill.* Supone por via de ejemplo ser hijos los intituidos, y para manifestar como la brevilocua puede comprender cuatro sustituciones; y no porque quiera indicar que á ellos solos puede hacerse: tendrá tambien lugar esta forma de sustitucion aunque sean estraños los herederos, l. 31. §. 1. D. *de hæred. instit.* Además, espresa la circunstancia de ser menores de catorce años, porque si uno de ellos hubiese llegado á la pubertad, no vendria comprendida la pupilar, ni aun respecto del impubes, d. l. 4., ll. 2. y 4. C. *de impub. et aliis subst.* y l. 6. C. *de testam. milit.*: en punto á la falta de igualdad entre las personas á quienes se hace la sustitucion recíproca pueden suceder tres casos; primero que exista al principio y siga; segundo, que exista al principio y desaparezca despues: tercero, que la disparidad sobrevenga despues de hecha la sustitucion: sobre estos casos, véase Guilliel. Bened. en la repet. al cap. *Raynutius, de testam.* sobre las palabras *si absque liberis*, la segunda, en el tratado de la brevilocua, col. 13. y sigs. Adviértase que aun cuando á la brevilocua se hubiese añadido la compendiosa, tampoco vendrá comprendida la pupilar, si uno de los hijos ha llegado á la pubertad, Bart. en la l. 45. D. *de vulg. et pupill.* col. 2. vers. *sed quæro quando*, Ang. consil. 151., Pedro de Anchar. consil. 68., Socin. consil. 290. vol. 2. col. 2., donde dice ser esta la opinion legal y la mas comun: nótese en esta materia lo que dice Alex., siguiendo á Bart. en d. l. 45. col. 3. vers. *quid autem si testator.*

(120) Puede comprender hasta ocho; por ej., si se hiciere á dos hijos impúberes dementes ó locos, concibiéndose en esta forma; *en cualquier tiempo que fallecieren los sustituyo recíprocamente*; en efecto, contendrá entónces, dos vulgares, dos pupilares, dos ejemplares y dos compendiosas, Bart. en la l. 45. D. *de vulg. et pupill.* col. 2. y es esta la opinion general, segun Alex. en d. l.: estas sustituciones serán espresas en general, pero tácitas, si se las considera individualmente, segun Bart. en d. l.; limítese esto por lo que dice Alex. allí vers. *subsequenter quærit hic Bartolus.* ¿Y si á la recíproca no se añadió la compendiosa, pero sí la cláusula codicilar? ¿en virtud de esta cláusula, la recíproca comprenderá la fideicomisaria? Socin. consil. 6. vol. 3. col. 1. y 2. está por la afirmativa, si bien quiere, siguiendo á Corne. en la l. 5. C. *de fideicom.*, que en la cláusula codicilar se esprese que sino puede subsistir como disposicion directa, valga á manera de fideicomiso.— *Sobre las personas que se entienden llamadas en virtud de la brevilocua ó recíproca, la parte en que suceden, y el caso en que mediase una persona estraña, véase la adic. á la glos. 16.

(121) Añád. §§. 1. y últ. Instit. *de fideicom. hæred.* y últ. C. *de fideicom.*

(122) Es pues necesaria la institucion de herederos, §. 2. Instit. d. tít.; escepto si no constare que hubiese la intencion de otorgar testamento, §. 10. Instit. d. tít. Hoy dia, en virtud de la l. 1. tít. 2. lib. 5. del Ordenam. Real. [l. 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.] valdrá el fideicomiso,

e ruegole (123), o quiero, o mando, que esta mi herencia, que yo le dexo, que la tenga tanto tiempo (124), e que despues que la de, e entregue a fulano. E tal establescimiento como este puede fazer todo ome (125) a cada vno del Pueblo (126), solo que non le sea defendido (127) por algunas

aunque no haya institucion de heredero y que el testador hubiere en realidad querido otorgar testamento

(123) Poco importa que las palabras sean de ruego ó imperativas, segun esta ley y las ll. 2. C. *commun. de leg.* y 76. D. *ad Trebell.* y el §. últ. Instit. *de sing. reb. per fideicom. relict.*

(124) Puede tambien disponer el testador que la restitucion se verifique al momento, §. 2. Inst. *de fideicom. hæred.* ¿Qué diremos si el que es gravado de restitucion dentro cierto tiempo, por ej. para despues de su muerte, fuese deportado, ó de otra suerte se confiscasen sus bienes? ¿sucederá desde luego el fideicomisario, ó bien el fisco usufructuará la herencia hasta que sobrevenga la muerte natural del fiduciario? Las ll. 48. §. D. *de jure fisci* y 17. D. *ad Trebell.* deciden á favor del fisco; viene en apoyo del mismo la l. 17. D. *de jure patron.*, junto con lo que nota Bald. en la l. 14. al fin C. *de usufruct.*, fundado en esta últ. l. y en la cit. l. 48. §. 1. Sin embargo, esceptéuse el caso que el testador hubiese prohibido la enagenacion, disponiendo que los bienes permaneciesen siempre en la familia, ó que constase ser su voluntad que los bienes no pasaran á otra persona, ni aun en vida del heredero: entónces seria llamado desde luego el sustituto, con esclusion del fisco, l. 12. princ. D. *de fideicom. libert.* y allí Bart. y particularmente Alex. vol. 1. consil. 23.— Si el heredero gravado de restitucion para despues de su muerte profesa en alguna religion, aunque se considere muerto para el mundo, segun la l. 56. C. *de episcop. et cleric.*, no se admitirá al fideicomisario hasta que sobrevenga la muerte natural del pimero, l. 77. §. 4. D. *de leg.* 2. y Bart. en d. l. 48. §. 1.; á no ser que la órden fuese de frayles menores, los que son incapaces de poseer, así en comun, como en particular, Clement. *exivi de paradiso, de verbor. signific.* y Juan de Plat. en la l. 1. C. *pœn. fiscal. credit. prefer.*— Si el fideicomiso se ha dejado simplemente para despues de la muerte de dos ó mas herederos instituidos, ¿el fideicomisario será admitido á medida que vayan falleciendo, ó se aguardará que todos hayan muerto? V l. 78. §. 7. y l. 57. §. 1. D. *ad Trebell.* y en esta Bart. y los DD. y l. *codicilis* D. *de leg.* 2. y allí Bart.: la opinion general parece ser, que si la sustitucion fideicomisaria se dispone para despues de la muerte de muchos, el sustituto será admitido á la parte de cualquiera dellos que falte, aunque hubiese sido llamado al todo de la herencia; porque la disposicion general se resuelve en tantas disposiciones parciales cuantos son los herederos, l. 33. §. últ. D. *de condit. et demont.* y l. 2. D. *de condit. et instit.*: sin embargo, esceptúese el caso que entre los individuos haya alguna persona, que no sea presumible quisiera el testador postergarla al sustituto: entónces este no será llamado hasta que hayan fallecido todos los herederos, los cuales se entenderán sustituidos recíprocamente, arg. l. penúlt. C. *de impub. et aliis subst.* y allí Alex. y Dec. col. penúlt. y Bart., Imol. y Socin. en d. l. 57. §. 1.; el último dice ser esta la opinion general: añád. Curcio el mas jóven consil. 43. n.° 9. Adviértase que en caso de duda se entiende gravado de restitucion el mismo instituido, aunque hasta despues de su muerte no sea llamado el fideicomisario, l. 41. §. 3. D. *de vulg. et pupill.* y allí Bart. y l. 12. de este tít. de Part.— En el supuesto que el fideicomiso sea condicional ó á cierto dia, ¿podrá la restitucion efectuarse antes que se cumpla la condicion ó que venga el dia? Véase la l. 114. D. *de leg.* 1. notable en este punto, y en ella Bart., y la l. 12. C. *de fideicom.*— * Adviértase que hay casos en que el fideicomiso es tácito, por ej. cuando el testador pohibió al heredero la enajenacion de los bienes hereditarios si espresa ó tácitamente indicó la persona ó personas, á favor de las cuales ordenaba dicha prohibicion, l. 114. §. 4. D. *de leg.* 1.°, l. 74. D. *ad senat. Trebell.* y arg. l. 44. tít. 5. Part. 5.ª

(125) Es decir, con tal que no sea de los que carecen de testamentifaccion activa, como en segundo lugar lo indica: de estos se trata en la l. 13. tít. 1. de esta Part., v. la Glos. en la l. 4. D. *qui testam. fac.* y Abb. en la rubr. *de testam.*

(126) Así como á las ciudades y provincias, l. 26. D. *ad Trebell.*, y á los colegios, iglesias y otros lugares piadosos, l. 1. C. *de sacros. ecles.* Tambien á religiosos menores, no al efecto de retener los bienes, sino para venderlos con el fin de ocurrir con su precio á los alimentos y demás necesidades, segun Bart., Alex. y DD. en la l. *apud Juliarum* D. *de leg.* 1., cuyo parecer sigue Abb. en el cap. *recolentes, de statu monachor.*, añadiendo que si no hallaren comprador, deberán entregar los bienes para objetos de piedad, ó de otra suerte dimitirlos. [Las iglesias, comunidades eclesiásticas, hospitales, hospicios, casas de misericordia y de enseñanza, las cofradías, hermandades, encomiendas y en general todos los establescimientos permanentes eclesiásticos ó locales conocidos con el nombre de manos muertas, no pueden adquirir bienes algunos, raices ó inmuebles, ni por testamento ni entre vivos, Decreto de Córtes de 11 de octubre de 1820, art. 5.°]—[Cuando el fideicomiso se hubiese dispuesto á favor de todos los veci-

leyes de este nuestro libro. Pero dezimos que este que es rogado (128), e establescido en esta manera, que deue dar, e entregar la herencia (129) al otro (130), assi como el testador mando; sacando

nos de una ciudad ó villa, parece que se deberán á cada uno de los vecinos, y no á la ciudad ó villa como persona moral, segun está l. de Part., la l. 1. al fin D. *de colleg. illicit.* y Guilliel. Bened. en la repet. al cap. *Raynutius*, *de testam.* sobre las palabras *si absque liberis moreretur* la 2. col. 4. Empero, prueba lo contrario la l. 2. D. *de reb. dub.*, junto con la l. 88. §. 8. D. *de leg. 2.*, segun la cual, bajo la espresion *vecinos de tal ciudad*, se entiende la ciudad misma, y así opina Abb. en el cap. *requisisti* al fin, *de testam.*: igual es el parecer de Socin. en d. l. 2., donde dice, que haciéndose las mandas en virtud de méritos precedentes, l. 9. D. *pro socio* y l. 17, princ. D. *de leg.* 1., las que no es posible recaygan en todos y cada uno de los vecinos, pero sí en el cuerpo moral; es consiguiente que en caso de duda deberá presumirse que ha sido este el agraciado. La opinion de Guilliel. deberá seguirse cuando no faltasen conjeturas que indicaran que el testador se propuso agraciar individualmente á los vecinos: tambien, si la corporacion fuese ilícita, l. 20. D. *de reb. dub.* — Si se hubiese dejado un fideicomiso á los canónicos de cierta iglesia, cederá en provecho del cabildo de canónigos, y no de la iglesia, segun Abb. y Card. cuest. en d. cap. *requisisti*.

(127) Por carecer de testamentifaccion pasiva, v. l. 4. tít. 3. de esta Part. y la Glos en el §. 24. Instit. *de leg.* Esta l. de Part. parece haberse conformado con la opinion de la Glosa y la generalidad de los DD. en la l. 14. C. *de fideicom.*, á saber, que es nulo el fideicomiso cuando el heredero gravado es de todo punto incapaz, aunque se le mandare hacer la restitucion al momento: lo mismo al parecer decide Azon en la Suma C. *ad Trebell.* col. 1., pero con débiles razones que resume la Glos. en d. l. 14., donde Bald. manifiesta esplícitamente esta opinion en el caso de ser instituido el espurio por su padre: idéntico es el parecer de Imol. en la l. 72. D. *de hæred. instit.* y de Alex. en la l. 16. §. 15. D. *ad Trebell.*, contestando á Nicol. de Napol. que opinaba en contrario. La razon en que se apoyan la Glos. y DD., consiste en que, siendo la institucion de heredero el principio y cabeza del testamento, Instit. §. 34. *de legat.* y proem. tít. 3. de esta Part., lo demás no debe subsistir, si ella es nula, l. 3. D. *de his quæ in testam. delent.*: esto supuesto, tendremos que en el caso de que se trata valdrá el fideicomiso en virtud de la l. 1. tít. 2. lib. 5. del Ordenam. [l. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.] que dispone subsistan los legados y fideicomisos, aunque falte la institucion de heredero; y si bien la cit. l. dice, *si el heredero no quisiere aceptar*, parece que por igualdad de razon deberá decirse lo mismo en el caso que no pueda, por incapacidad ó por otra causa; de la misma suerte que la fórmula de la vulgar, *si no fuere heredero* se interpreta así del caso que no pudiere, como del que no quisiere, Bart. en la l. 3. §. últ. D. *de liber. et posth.* donde pone el ejemplo de un espurio instituido: además la sustitucion para el caso de no querer, incluye el de no poder, l. 29. §. 5. D. *de liber. et posth.*, l. últ. C. *de instit. et subst.* segun la leccion de Rayn. y Bart. y lo que dije en la l. 8. de este tít. Adviértase que aun prescindiendo de esto, no procederla la decision de los DD., atendida la equidad canónica, si el instituido fuese un hijo espurio, cap. *cum haberet, de eo, qui duxit in matr. quam poll. per adult.*, con cuyo cap. parece estar de acuerdo la l. 5. tít. 19. Part. 4.; y la razon es, como allí díje, que el espurio no deja de ser capaz en cuanto á los alimentos; así opina Alex. en d. l. 16. §. 15.

(128) Y aunque la condicion del fideicomiso se cumpla despues de la muerte del heredero gravado, los sucesores de este deberán verificar la restitucion; v. Bart. en la l. 6. D. *de legat.* 3. y Alex. consil. 22. al fin vol. 3. ¿Qué diremos si el fideicomisario fallece despues que ha cedido el dia, pero antes que el heredero gravado haya adido ó que se le hubiere precisado á adir? V. l. 13. D. *ad Trebell.* y allí la Glos. y DD. y l. 46. d. tít.

(129) ¿Vendrán tambien comprendidos los prelegados? Véase la l. 3. §. 4. D. *ad Trebell.* y allí Bart., l. 78. §. 13. d. tít. y lo que dije en la l. 12. de este tít.; véase tambien la l. 16. C. *de fideicom.* donde la Glos. distingue entre los prelegados que preceden y los que siguen á la sustitucion fideicomisaria, distincion aprobada allí por la generalidad de los DD.; y véase por fin la Glos. á d. l. 3. §. 4., donde Alex. dice ser esta la opinion comun [Segun la l. 91. D. *ad leg. Falcid.* y la l. 8. tít. 11. de esta Part., se imputarán indistamente á la cuarta los prelegados, de lo que indirectamente se sigue que no vendrán comprendidos en la restitucion.]. Adviértase que si bien los prelegados no vienen comprendidos en la restitucion, cuando el testador habló de cierta porcion de la herencia, d. l. 3. §. 4., no obstante, se deberán al fideicomisario si en ellos se ha consumido la mayor parte de los bienes, porque entónces equivalen á una parte de la herencia misma, segun Bart. en la l. 9. D. *de leg.* 1., fundandose en el mismo testo, en la l. 39. §. 1. D. *famil. ercisc.* y en d. l. 3. §. 4. y Bald. en la cit. l. 16.: dice ser esta la opinion general Dec. consil. 254., y estiende la decision al caso que el testador, al hacer los prelegados, hubiese espresado que el heredero podia disponer de ellos libremente. El prelegado de lo que el testador deba

al heredero, no vendrá comprendido en la restitucion, á no ser que lo hubiese aquel espresado, y que la deuda no supere á lo que á título de Trebeliánica retenga dicho heredero l. 78. §. 14. D. *ad Trebell.* Tampoco vienen comprendidas las donaciones, aunque hubiesen quedado confirmadas por la muerte del testador, á no ser que este lo hubiese espresado, ó que las hubiere confirmado en el testamento, l. 68. D. *de leg.* 2. Tampoco viene comprendido lo que recibiere el heredero con el objeto de cumplir alguna condicion, l. 44. §. 1. D. *de condict. et demonst.* y allí Bart. ¿Qué diremos de la donacion entre vivos hecha al hijo? V. Bald. en d. l. 16. vers. *quæro numquid in substitutione:* por la l. 17. de Toro es válida en cuanto al tercio la donacion hecha por el padre al hijo que tiene en su poder, como dije en la l. 3. tít. 4. Part. 5.; de consiguiente no vendrá comprendida en el fideicomiso. Además, no está sujeto á restitucion aquello que no provenga al heredero por la voluntad última del testador, l. 2. D. *de dote preleg.* y allí Bart., l. 41. §. 4. D. *de leg.* 3. y Jason en d. l. 15.: sin embargo deberá restituir el heredero lo que él debia al difunto, l. penúlt. princ. D. *ad leg. Falcid.* ¿Qué diremos de lo que el heredero haya percibido á título de sustitucion vulgar, pupilar, ejemplar ó compendiosa, ó por derecho de accrecer? V. Bart. en d. l. 3. §. 4. Sobre lo que se ha percibido en virtud de otro fideicomiso universal, véase Paul. de Cast. en d. l. y añád. Bart. en la l. 21. §. 2. D. *de annuis leg.*, y en la l. 27. §. 2. *ad Trebell.*, Decio consil. 80., y Bald. en la l. 26. C. *de inoff. testam.* y en d. l. 16. ¿Qué diremos de la herencia deferida al esclavo? v. l. 25. §. 2. D. *ad Trebell.* En cuanto á los frutos percibidos mientras la herencia estaba vacante, véase la Glos. en la l. 18. D. d. tít. y en la l. 3. princ. D. *de usur.* y Alex. en d. l. 18. col. 5, donde se resuelve que vendrán comprendidos en la restitucion del fideicomiso: véase además la regla que sobre este punto da Bart. en la Glos. á las ll. 55. y 59. §. últ. D. d. tít. [Véase además sobre este punto la cit. l. 8. tít. 11. de esta Part., la que distingue entre herederos y herederos] ¿Qué diremos del adote constituido ó prometido por el padre á la hija? v. l. 62. D. d. tít. y allí Paul. de Cast., y en particular Bart. en la l. 76. D. d. tít. ¿Vendrán comprendidas en la restitucion las fincas que el heredero gravado recobró en virtud del pacto de retroventa? Opina que sí Decio consil. 238., porque una vez recobradas, se considera tenerlas el heredero en virtud del título primitivo, y cita en su apoyo á Bart. en la l. 9. D. *de aqua pluv. arcend.*; empero, añade, deberá el fideicomisario pagar al heredero el precio de la quitacion, porque en caso de duda se presume haberla verificado con su dinero, segun Bart. en la l. 2. C. *pro socio*, fundado en el mismo testo. ¿Todo cuanto se halle entre los bienes del heredero gravado se presumirá pertenecer á la herencia que recibió con el gravámen de restitucion? Toca esta cuestion Socin. consil. 249. col. últ. vol. 2.; pueden verse Andr. de Iser. *de controv. inter mascul. et femin. de beneficio* col. últ., el Specul. tít. *de locato* §. *nunc aliqua*, vers. 59. y 62. y cuest. 76., Dec. consil. 146. duda 3ª. Alex. consil. 55. col. 8. vol. 4. y el mismo Socin. consil. 167. col. antepen. y penúlt. vol. 2. Por último ¿lo que el hijo percibió en fuerza de la accion para el suplemento de la legítima, lo computará en la parte que debe recibir á título de fideicomiso? Bart. opina afirmativamente en la l. 21. §. 2. D. *de annuis leg.* fundado en el mismo testo.

(130) Si este ha fallecido habiéndosele deferido el fideicomiso, sus herederos podrán reclamarlo: pruébalo muy bien Bart. en la l. 11. princ. D. *de leg.* 1., y su opinion es adoptada allí por los DD.: para la inteligencia y limitacion de lo dicho, véanse Bart. y Paul. de Cast. en la l. 25. princ. D. *ad Trebell.* junto con el testo. El fideicomiso condicional no se transmitirá á los herederos, á no ser que la condicion se haya cumplido en vida del fideicomisario, l. únic. §. 7. C. *de caduc. toll.*; lo que la Glos. en la l. únic. C. *de his qui ant. apert. tab.* quiere que tambien tenga lugar, aunque el fideicomiso sea de hijos á hijos; y esta es la opinion generalmente seguida, á pesar de la Glos. en la l. 42. §. últ. D. *de oblig. et act.*, segun Bald. en la l. 21. C. *de fideicom.* y Guilliel. Bened. en la repet. al cap. *Raynutius*, sobre las palabras *si absque liberis*, la 2ª. en el tratado de la sustitucion fideicomisaria, fol. 342. col. 2. Sin embargo, no podrá cederse ó delegarse el derecho á un fideicomiso universal, de consiguiente, al procurador en cosa propia no deberá hacérsele la restitucion, segun la l. 59. §. 1. D. *de jur. dot.*: no obstante, Ang. en la l. 11. §. 2. D. *ad Trebell.*, al cual sigue Paul. de Cast. en la l. 37. d. tít., sostiene que el procurador en cosa propia, á quien el fideicomisario ha cedido sus derechos, puede pedir la restitucion en beneficio del cedente, y no directamente, lo que no permite la cit. l. 59.; y añade que en estos términos lo obtuvo en Bolonia. Adviértase que por equidad canónica, como manifestaré mas abajo, así que cede el fideicomiso, pasa de derecho la herencia al sustituto fideicomisario, sin necesidad de restitucion real ni verbal, arg. cap. *in presentia*, *de probat.* y allí Bald.; de consiguiente, los derechos del fideicomisario cedente pasarán al cesionario, quien podrá instar la restitucion de hecho. A pesar de esto, paréceme que no hay motivo para separarse de la disposicion de la cit. l. 59. y de la doctrina de Ang., y en apoyo de esto viene lo que espone Paul. de Cast. en la l. 66. §. 1. D. *ad Trebell.* en la glosa que em-

ende la quarta parte (131) de toda la herencia, que puede tener para si. E esta quarta parte es llamada en latin, Trebellianica. E si este que assi fuesse establescido por heredero, non quisiesse rescebir la heredad, o despues que la ouiere rescebido, non la quisiere entregar al otro, puedele apremiar el Judgador (132) del logar, que lo faga.

TITULO VI.

DE COMO LOS HEREDEROS PUEDEN AUER PLAZO PARA CONSEJARSE, SI TOMARAN AQUEL HEREDAMIENTO EN QUE FUERON ESTABLESCIDOS HEREDEROS, O NON; E COMO SE DEUE FAZER EL INUENTARIO. OTROSI, COMO DEUE SER LA MUGER GUARDADA DESPUES DE MUERTE DE SU MARIDO, QUANDO DIZEN QUE FINCO PREÑADA DEL.

Peligros, e trabajos muy grandes a las vezes vienen a los herederos, quando son dañosas las herencias en que fueron establescidos: e mayormente, si las debdas, e las mandas, que son a pagar, son mayores, e montan mas, de quanto vale el heredamiento. E por desuiar los herederos deste peligro, e deste daño, touieron por bien los Sabios antiguos, que pudiessen ante auer consejo, que rescibiessen la heredad, si les era pro, o daño, en tomarla. Onde, pues mostramos en los titulos ante deste, de como los herederos pueden ser establescidos en los testamentos, queremos aqui dezir, de como pueden demandar plazo, para demandar consejo, si rescibiran la heredad en que los establescieron. E mostraremos, que cosa es este plazo. E a que tiene pro. E quien lo puede demandar. E a quien. E quando. E cuanto tiempo deue ser otorgado, para tomar consejo. E en que manera deue tomar la herencia del finado, si el entendiere que le es pronechosa, o desecharla, si la non quisiere.

LEY 1. *Que cosa es el Plazo, que el heredero deue auer para consejarse, si tomara la herencia, o non: e a que tiene pro, e quien lo puede demandar, e quien non.*

Deliberare en latin, tanto quier dezir en romance, como auer ome acuerdo por si mismo, o

pieza, *ergo*. No habrá inconveniente en verificar la restitucion al procurador del fideicomisario, que se presente con mandato especial, porque entónces las acciones pasan directamente al mismo fideicomisario, d. l. 66. §. 1.

(131) Llámasela vulgarmente cuarta trabeliánica, y trae su orígen del senadoconsulto Pegasiano, Instit. §. 5. *de fideicom. hæred.*: trátase de ella en los títs. del C. y D. *ad Trebell.*, en el cap. *Raynutius, de testam.* en el cap. *Raynaldus* y en la l. últ. tít. 11. de esta Part. donde puede verse lo que sobre la misma diré, Dios mediante.

(132) Tenemos que este apremio se verificará por medio de la autoridad judicial; concuerda con el §. 7. Instit. *de fideicom. hœred.* y la l. 4. D. *ad Trebell.* Si hubiese adido la herencia se le precisará á la restitucion por la accion directa ó útil *ex testamento*, Glos. en la l. 37. §. 1. D. *ad Trebell.*, l. *ex ea* C. d. tít. y Bart. en la l. *legatarius* y en la 53. D. d. tít. Acerca de si el esclavo puede ser precisado á adir la herencia, véase la distincion que hace Bart. en la l. 2. §. 1. D. d. tít. El heredero que adió la herencia apremiado por el fideicomisario, puede precisar á este á que se incorpore de ella; y si hubiese fallecido sin dejar heredero, se venderán los bienes en provecho de los acreedores, l. 67. princ. D. d. tít., pues que el fiduciario debe quedar libre de todo gravámen, l. 4. D. d. tít., y desde esta l. hasta la 17. pueden verse varias cuestiones relativas á este apremio. El heredero que admite de esta suerte quede privado de la trebeliánica, d. l. 4. y l. 27. §. 2. d. tít. y Paul. de Cast. en la l. 11. d. tít., donde glosa el cit. §. 4. de la l. 14., trata del tiempo que tendrá el fiduciario que rehusaba adir, para volver contra su primer propósito, al efecto de poder reclamar la cuarta. Empero, el que adió la herencia en virtud de apremio, además de perder la cuarta, quedará privado del derecho de argüir de nulo el fideicomiso? Esta parece ser la opinion de Bart. en d. l. 11. §. 11.; Paul. de Cast. duda, y dice seria esto muy singular si fuese cierto: véase el cit. testo, el que, en mi juicio, decide á favor de la subsistencia de la accion de nulidad. Empero, la l. 1. tít. 2. lib. 5. del Ordenam. [l. 1. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec.] la que previene que repudiando ó no queriendo adir el heredero, se defiera la herencia al sustituto fideicomisario, ha hecho desaparecer ese aparato de su sutilezas y vanos rodeos, hijos del derecho romano: esta ley va de acuerdo con la equidad canónica, la que en este punto sirve de norma al Parlamento de Tolosa, segun Guilliel. Bened. en d. vers. *si absque liberis*. Por derecho antiguo habia ya algunos casos en que se transmitian las acciones, sin que fuese menester la formalidad de la restitucion, casos que pueden verse en la l. penúlt. §. 2. C. *ad Trebell.*, en la Glos. á d. l. y en Alex. en la l. 1. §. 9. D. d. tít.; empero, para que la posesion se transmitiese, era indispensable la restitucion, Glos. en d. l. 1. §. 9. junto con otras citadas por Bald. en d. l. penúlt.

con sus amigos (1), si es bien de fazer aquella cosa, sobre que tomo plazo para consejarse. E tiene grand pro (2) este delibramiento a los que son establescidos por herederos en testamento de otri, e avn a los otros (3) que han derecho de heredar, por razon de parentesco, los bienes de alguno que muriesse sin testamento. Ca en tal plazo como este pueden ver, si tomando la herencia, les viene ende pro, o daño. E deuen demandar los herederos plazo para esto, al Rey o al Juez del logar, do es la mayor partida de la herencia (4) del finado. E este plazo deuen demandar, ante que se otorguen (5) por herederos de palabra, o de fecho. Otrosi les pueden pedir, que les fagan mostrar las cartas (6), e los escritos, que pertenescen a la herencia, porque ellos se puedan mejor consejar. E estas cosas, dezimos, que pueden pedir los herederos, quantos quier que sean, vno, o muchos. Fueras ende, si alguno dellos fuere sierno (7) de otri. Ca el que tal fuesse, non lo puede fazer; ante lo deue demandar su señor por el. Otrosi, quando alguno de los herederos fuesse menor de veynte e cinco años (8), non podria el demandar por si tiempo para demandar, e auer este consejo; mas deuelo demandar por el, aquel que lo ouiere en guarda.

LEY 2. *Quanto tiempo deue ser otorgado por plazo a los herederos, para auer el consejo sobredicho.*

Un año (9) de plazo puede el Rey dar a los herederos, en que se consejen, si quisieren tomar la herencia, en que son establescidos, o non; mas los otros Juezes les deuen dar nueue meses (10). Pero si entendieren, que en menor tiempo se po-

cuest. últ.: lo mismo será menester entre nosotros en todos los casos para el efecto indicado de la posesion.

(1) Concuerda con Azon Suma C. *de jur. deliber.* col. 1. vers. *deliberare.*

(2) *Deliberatio indiscussos hominum calores refrenat et á malo judicio retrahit*, cap. *anteriorum* princ. 2. q. 6. y allí Archid., Nov. 23. princ. y v. Aristot. 6. *ethicor.* cap. 7.: Bald. en la l. 9. C. *de liber. caus.* dice que la confesion deliberada se entiende hecha con pleno conocimiento: añád. el mismo Bald. en la l. 17. C. *de accusat.* col. 3., y la Glos. en el cap. *si quis iratus*, 2. q. 3., la que dice, fundándose en el mismo testo, que no se presume que yerre el que obra con deliberacion.

(3) Entiéndase tambien del fideicomisario universal, á quien pasan todas las cargas, segun Bart. y Paul. de Cast. en la l. §. 1. D. *de jur. delib.*: pero no del legatario, como dice allí la Glos.

(4) En este punto no son tan esplícitas las leyes romanas; hace al caso la l. 50. princ. D. *de judic.*

(5) Añád. l. 9. C. *de jur. delib.*

(6) Así de las deudas como de los créditos; y á mayor abundamiento, podrán llamarse por medio de un edicto los acreedores hereditarios, para que dentro cierto término pongan de manifiesto al heredero los instrumentos, como dicen la Glos., Bart. y Paul. de Cast. en la l. 5. D. *de jur. delib.*, y no presentándose dentro del plazo no serán oidos, l. 1. §. 6. *si cui plus quam per leg. Falcid.*: viene en apoyo de esto, segun Ang. en d. l. 5., la facultad que tiene el demandado de dejar de contestar la demanda, si el actor no exibe los instrumentos de que hubiese hecho mérito; esta es en efecto la práctica, Inoc. en el cap. 1. *de probat.*

(7) Si la herencia se hubiese deferido á un monge, al abad toca solicitar el término para deliberar, puesto que las leyes relativas á los esclavos, se aplican á los monges, segun Inoc. en el cap. *cum olim, de privileg.*; y principalmente, porque el abad está autorizado para adir la herencia por sí solo, segun el mismo Inoc. en el cap. 1. *de probat.* glos. magistral al fin, y Paul. de Castr. en la l. 1. D. *de jur. delib.*

(8) No hallamos disposicion tan esplícita en el derecho comun, pues la l. 7. D. *de jur. delib.* habla del pupilo y no del adulto. Sin embargo, parece que pudiendo el menor adir por sí solo la herencia, segun la l. 13. de este tít. conforme con la l. 12. C. *de jur. delib.*, estará tambien facultado para pedir por sí solo el término al efecto de deliberar; y por consiguiente deberemos concretar esta l. de Part. al menor que tenga curador, l. 3. C. *de in integr. restit. minor.*

(9) Deriva esta l. de la últ. §.13. C *de jur, delib.*—*En la actualidad, la concesion de término para deliberar corresponderá esclusivamente á los jueces, porque es un acto de la administracion de justicia: en efecto, semejante término se reduce por una parte á cierta dilacion que se hace esperimentar en su ejercicio á la accion de los acreedores del difunto; y de otra á marcar el punto donde acaba el derecho que el heredero tiene á adir, y desde el cual empieza el llamamiento de los sustitutos ó de los herederos legítimos.

(10) Cuando el heredero era uno de los hijos del testador, el pretor le concedia el plazo de un año para aceptar la *bonorum possessio*, l. 1. §. 12. D. *de succesor. edict.* y l. 23. §. 1. D. *de hæred. instit.* Ahora bien ¿deberán los jueces imitar en este punto al magistrado romano, ó conceder los nueve meses sin distincion de personas? La generalidad de los DD. está por lo primero, se-

dria acordar, bien les pueden menguar este plazo. dandoles (a) cient dias (11) a lo menos (12). E si por auentura alguno de los herederos muriesse, ante que se cumpliesse el plazo que les era puesto (13), aquel tiempo que le fincaua (14) despues de su muerte, deuelo auer su heredero, para con-

(a) cinco meses Escurial. 2.

gun Alex. y Jas. en la rubr. C. *de successor. edict.*; empero *Ludov. Roman.* en la l. 69. D *de acquir. hæred.* y en el consil. 493. no admite distincion entre el hijo y el estraño, fundándose en la l. últ. §. 13. vers. *sed quia quidam* C. *de jur. delib.*, á cuya ley contestan Alex. y Jas. diciendo que habla del heredero estraño. Sea de esto lo que fuere, parece que nuestra ley de Partida no quiso hacer distincion de herederos, mayormente atendido lo que se lee al fin: á mas de que los copiladores de nuestro código, no hicieron entrar en su plan las *bonorum possessiones* introducidas por el edicto del pretor.

(11) Añád l. 2. D. *de jur. delib.* Transcurrido el plazo, ya no puede adir, segun la l. 69. D. *de acquir. hæred.* junto con la Glos. Si no se le ha señalado término, podrá adir cuando quiera, ll. 8. y C. 19. *de jur. delib.* Azon en la Suma d. tít, y Bald. en la cit. l. 8. Adviértase que si el plazo se fijó á instancia del hijo desheredado, deberá observe lo prevenido en la l. 36. §. 2. C. *de inoff. testam.*: si á solicitud de los acreedores, se presume haber adido al momento que dicho plazo hubiere espirado, l. 36. §. penúlt. C. *de jur. delib.*; si bien, segun Bald. en la rubr. C. *success. edict.*, esta presuncion es únicamente en provecho de los acreedores que instaron, arg. l. 11. §. 4. vers. *contumax autem* y l. últ. D. *de interrog. act.*: téngase presente esa decision singular de Bald., la que no hallo sea allí impugnada por los DD. Si á instancia del sustituto se concedió el plazo, así que concluya se entenderá que ha repudiado el heredero, d. l. 69. y allí la Glos. y Bart., el mismo en la l. 8. D. *de jur. delib.* y en l. 6. D. *ad Tertyl.* Adviértase además que si el heredero es un hijo, no queda escluido de la sucesion por haber espirado el plazo, segun esta l. de Part. al fin y lo que allí digo. ¿Qué diremos si el término se señaló á peticion del heredero, sin que instare persona alguna? Cyn. y Fulgos. en la l. últ. vers. *sin autem* C. *de jur. delib.*, dicen que ella es precisamente aplicable á este caso, es decir que se entenderá haber adido el heredero, así que haya finido el plazo; limítese esto, con Alex. en d. lug., al supuesto que se hubiese concedido íntegro el término de la ley; si fuese menor, aunque se concediera á instancia del sustituto, no se entenderá haber repudiado el instituido, por el mero hecho de haber espirado dicho plazo; véase al cit. D. el cual indica otras limitaciones. Adviértase por fin que si el heredero dijese, *creo que la herencia no puede admitirse*, se presumirá haber repudiado, si de esta suerte deja transcurrir tres meses, v. l. últ. C. *de jur. delib.* junto con la Glos., Bart., Paul. y Alex.—* Difícil es decidir por derecho romano, en el que se funda aquí Greg. Lopez, cuales serán las consecuencias á que se espondrá el heredero que deje transcurrir el plazo, sin adir ni repudiar. Además, ya se diga sin distincion que la herencia se considera adida respecto de los acreedores, y como repudiada en cuanto toca al interes de los sustitutos ó de los herederos legítimos; ya se adopte la decision de Bart., algo menos dura que la anterior; siempre tendremos que la pena es demasiado grave, para un acto de mera negligencia, y sobre todo, cuando resultare considerarse como adida una herencia insolvente. Sea de esto lo que fuere, parécenos que semejante cuestion no puede tener lugar entre nosotros, atendido que nuestra ley de Part., en el único caso de que hace mérito, á saber, cuando el heredero muere habiendo dejado transcurrir el término, no espresa otro efecto que el de negarse á sus sucesores todo derecho á la herencia: en una palabra, del solo transcurso del plazo para deliberar no resultará mas que la presuncion de haberse repudiado la herencia; y ni aun esta presuncion tendrá lugar cuando el heredero sea uno de los descendientes del testador: véase la glos. 18. junto con la adicion.

(12) Tenemos que el juez no podrá abreviar este plazo; y á la verdad no debe precipitarse á los herederos, l. 1. §. 12. D. *de success. edict.* y Bart. en la l. 69. D. *de acquir. hæred.* y en la l. 23. D. *de hæred. instit.*, donde dice que de esta suerte se impedirán infinitos litigios; síguele allí Imol. Entiéndase lo dicho, por lo que mira á los efectos indicados en la glos. anterior; ahora, si se tratase de nombrar curador de los bienes por el interes de los acreedores, podrá el juez señalar un término menor que el de los cien días, l. 1. §. 12. D. *de success. edict.* y l. 9. C. *de jur. delib.* y allí Jason y la generalidad de los DD. y Alex. en la rubr. C. *de success. edic.* Además el mismo Alex. y Decio lug. cit. sostienen que mediando justa causa podrá abreviarse dicho plazo, en virtud de la regla que da Bart. en la l. 2. D. *de re judic.*: y cap. *cum Romana*, *de appellat.* y allí Decio. Será justa causa si la demora puede acarrear graves perjuicios, por ej., si á un sugeto muy necesitado se le hubiesen legado alimentos desde el dia de la adicion de la herencia: plácenos esta limitacion.

(13) Si no se hubiese concedido término, aun transmitirá el heredero el derecho de adir, si falleciere dentro del año, l. 19. C. *de jur. delib.* y allí la Glos. cuya opinion es la general. Empero,

sejarse. Pero si se muriesse despues del plazo (15), ante que se otorgasse por heredero, si este atal era estraño, el su heredero non aura derecho ninguno en la herencia, sobre que el finado auia tomado plazo para consejarse. Mas si aquel que fino, descendiesse de la liña derecha (16) del testador que lo establescio por su heredero (17), estonce su heredero puede auer la herencia; maguer aquel a quien heredaua, sea muerto despues del plazo que le fue dado (18) para consejarse.

supóngase que el heredero pide término para deliberar, pasados diez meses desde que supo habérsele deferido la herencia, y que el Juez le concede nueve meses ó cien dias ¿transmitirá á su heredero el derecho de adir, si falleciere pasado el año legal, pero antes de espirar el plazo concedido por el juez? están por la afirmativa Bart. en d. l. 19. cuest. 5. y Paul de Castr. en la cit. 1. y en la l. últ. §. últ. d. tít.: Jason sostiene allí lo contrario, fundándose en aquellas palabras de la cit. l. 19., *ita tamen ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa*, junto con la cláusula precedente, en la que el Emperador se ocupa del caso que se hubiese concedido segundo término por el príncipe ó por el juez; y añade que así opinaron Cumman. y Alex. en d. l. últ. §. últ. Esta l. de Part. parece aprobar la opinion de Bald. y Paul., atendido que no hace mencion de que el derecho de transmitir espire pasado el año: además, la cit. l. 19. no obsta tan abiertamente al parecer de Bald., como pretende Jason: el sentido de d. l. es, que pasado el año no tenga lugar la transmision, aunque el juez concediere mayor término en virtud de justa causa, lo que cabe en sus facultades, segun Bart. en la l. 2.; D. *de re judic.* y Abb. en el cap. 1. *de dilat.* col. 2., así como puede conceder ménos, como dije en la glos. 12.; pero no niega la transmision caundo al término de la ley se hubiese agregado el que concede el juez.

(14) De consiguiente, si se le hubiese prefijado el término de cien dias, y falleciere transcurridos cincuenta, su heredero podrá adir dentro los cincuenta restantes, y no despues; porque habiéndose marcado plazo por el juez, no hay lugar al plazo legal, Paul de Castr. en d. l. 19. y la Glos. en la palabra *meruerit*.

(15) Entiéndase del concedido por el juez; y y si no se hubiese solicitado, la transmision tendrá lugar dentro del año á contar deste que el deredero supo habérsele deferido la herencia, l. 19. cit. Adviértase que la presuncion vehemente se equipara á la ciencia, l. 2. §. 8 D. *de aqua pluv. arcend.*, aunque entónces no exista en rigor la ciencia, la que supone el conocimiento de las causas, principios y elementos, segun Arist. Metaphis. princ.: así se espresa Ang. en d. l. 19.

(16) La herencia que nos viene de alguno de los ascendientes paternos ó maternos podemos en cualquier tiempo adirla, y en todo tiempo tranmitirla, aunque ignorásemos que se nos habia deferido, l. 8. C. *de jur. delib.*, y l. únic. C. *de his qui ante apert. tabul.* Adviértase que con esta palabra *descendiesse* parece decidirse la cuestion sucitada por los DD., á saber si la herencia se transmitia á los ascendientes en virtud de d. l. únic.: la Glos. en la l. 2. C. *ad Orfic.* estaba por la negativa, pero por la transmision estaban en general los DD. en d. l., en la cit. l. únic. y en la l. 18. C. *de jur. delib.* La cuestion se limitaba al caso que la transmision se pretendiera por la sola circunstancia de ser descendiente del difunto el heredero: siendo *suus hæres* no habia dificultad en que transmitia la herencia, no solo á los ascendientes, si que tambien á los herederos estraños, l. 8. C. *de suis et legit. hæred.* y allí la Glos., Bart. y Alex. en d. l. 18 y otros citados por Decio consil. 331. col. 3. y el consil. que empieza, *antigua*.

(17) A favor del desheredado, aunque fuere del número de los descendientes, no tiene lugar la transmision, Glos y DD. en d. l. únic. La ley debe entenderse de los hijos legítimos y naturales: en efecto, la tranmision no alcanza á los adoptivos; tampoco alcanza á los naturales, porque en el lenguage legal, bajo el nombre de hijos, no vienen comprendidos los ilegítimos, l. 6. C. *de instit. et subst.* y Ang. en d. l. únic.

(18) Téngase muy presente esta disposicion, conforme con la l. únic. C. *de his qui ante apert. tabul.*; pero opuesta al parecer á lo que sientan Azon en la Summa C. *de jur. delib.* col. 3. vers. *præter hæc sciendum est* y la Glos. en d. l. 19. sobre la cláusula *beneficio* etc., donde dice, que el *suus hæres* se considera adir siempre y transmite en todo tiempo á sus hijos, segun la cit. l. únic. y la l. únic. §. 5. C. *de caduc. toll.*, á no ser que hubiese repudiado ó que haya dejado pasar el tiempo que se le concedió para deliberar, arg. l. 69. D. *de acquir. hæred.* Bart. en la l. 11. §. 1. D. *de testam. milit.* opina tambien, que si se concedió plazo para deliberar y ha transcurrido, no cabe la transmision, tanto si es *suus hæres*, como si fuere estraño el instituido: no mediando la concesion de plazo, concede sin distincion de tiempo el derecho de transmision al primero, y dentro del año tan solo al heredero estraño: lo mismo opina Alex. en d. l. 19. n.° 4. Así la Glos. como los DD. se fundan para distinguir entre el término de la ley y el judicial, en la cit. l. 19., entendiéndola de toda suerte de herederos, suyos y estraños. Esta l. de Part. decide en términos espresos lo contrario. Ludov. Roman. al cual cita Alex. en d. l. 19. y en la l. 84. D. *de acquir. hæred.*

LEY 3. *Como, mientra durare el plazo en que se deue consejar el heredero, non puede vender, nin enajenar ninguna cosa de la herencia.*

Vender, nin enajenar (19) ninguna cosa de los bienes del testador, non deue (20) el heredero, mientra durare el plazo que le fue otorgado para acordarse. Fueras ende, si lo fiziesse por mandado del Juez por alguna razon derecha. E esto seria, como si mandasse vender alguna cosa, que fuesse menester para enterramiento (21) del finado, o para gouernar su compañia, o para reparar, o fazer las casas; o para labrar la heredad (22), si entendiere que es menester, o que se menoscabarian, si assi non lo fiziesse; o si ouiessen a pagar algun debdo a dia cierto, e si non, caeria porende en alguna pena; o si acaesciesse que ouiessen de fazer alguna cosa otra, que si la non fiziessen, que vernia porende daño, o menoscabo, a los herederos que ouiessen de auer la herencia.

LEY 4. *Como el heredero, que tomo plazo para consejarse, deue tornar la herencia a los que la deuen auer, quando non la quisiesse.*

Queriendo auer consejo, si tomara la heredad, o non; el que fuesse establescido por heredero; si acaesciesse, que la non quisiesse recebir, tenudo es de tornar (23) toda la herencia, e los bienes del testador (24), a los que deuiere algo el finado, o a los que ouieren derecho de la auer. E

mientras dejaba en duda acerca la decision de Bart. en la cit. l. 11., decia en contra que aun cuando el hijo hubiera pedido término para deliberar, podia renunciarlo, quedándole la facultad de adir en cualquier tiempo, ll. 8. y 13. C. *de jur. delib.*, y de consiguiente, el heredero podrá hacer lo mismo, por ser de igual condicion que el transmitente, l. 7. §. 1. D. *de acquir. hœred.*: lo mismo sostenia Fulgos. en la l. 3. C. *unde liber.*, v. Jason en d. l. y en la l. últ. C. *de repud. hœred.* 9. limit. Nuestra ley de Part. viene en apoyo del razonamiento de Roman. No se diga que ella corrige el derecho comun; porque si bien la cit. l. 69. habla sin distinguir, sin embargo no hace mencion de suyo heredero, el cual en todo tiempo puede adir y transmitir: lo que en realidad hicieron los copiladores de nuestro código fué desechar la inteligencia que los DD. daban á d. l. 69. estendiéndola á los suyos herederos. — * Resta ahora saber cual será el efecto del transcurso del término concedido por el juez, si el heredero es uno de los descendientes del testador. La ley no presume que haya repudiado, y en este punto es muy esplícita: tampoco deberá presumirse haber adido, pues que la ley, refiriéndose al sucesor del mismo heredero, dice que *puede auer la herencia*, cuyas palabras indican que podrá repudiarla. En vista de esto, y atendido que no puede suponerse que se quisiera dejar indefinidamente en suspenso el derecho eventual de los sustitutos y de los herederos legítimos; es de creer que si bien se quiso negar al mero transcurso del plazo la fuerza de repudiacion, no se intenta privar á aquellos á quienes interesa, el derecho de requerir al heredero, para que dentro un breve término diga si admite ó no la herencia.

(19) Esto indica que bajo la prohibicion de vender no vendria comprendida toda especie de enagenacion: obsta al parecer la l. 29. §. 1. D. *de statu liber.*, v. Bald y Jas. en la l. últ. D. *de condict. ob caus.*, Abb. en el cap. 1. *de his quæ fiunt. á Prœlat.* y en el cap. 1. *de rer. permut.*, Juan de Plat. en la l. 7. princ. C. *de agricol et censit.* y lo que dije en la l. 43. tít. 5. Part. 5.

(20) Quiere significar que si el heredero obra de otra suerte se presumirá haber adido, l. 5. §. 1. D. *de jur. delib.* y allí Bart. y Paul de Castr.: este añade ser además indispensable que el heredero proteste que no obra con intencion de adir, arg. l. 4. D. *quib. mod. ping. vel hipoth. solv.*; en lo que no convengo, porque ya contiene una protesta tácita el hecho de pedir la autorizacion judicial, como lo prueban la cit. l. 5. y esta de Part. Sin embargo, si mientras delibera fuese nombrado curador de la herencia, lo que puede verificarse segun la l. 23. §. últ. D. *de hœred. instit.*, entónces podrá enagenar sin autorizacion judicial, Bart. en la l. 7. D. *de jur. delib.*; á no ser que estuviese en la menor edad, d. l. y allí Bart.

(21) Esto y lo que sigue se ha copiado de la cit. l. 7. §. 3. D. *de jur. delib.*

(22) Ang. en d. l. 7. §. 1. arguye de esto que el prelado podrá vender parte de las cosas de la iglesia, para la compra de ganado indispensable para el cultivo de las heredades de la misma, así como si ocuriesen reparaciones precisas; aunque fuese de los que no pueden enagenar sin permiso del Príncipe ó del Papa; permiso que necesitan de ordinario los grandes prelados.

(23) De aquí se colige que pendiente el término para deliberar, estarán en poder del heredero todas las cosas hereditarias: lo mismo se deduce de la l. últ. § 14. C. *de jur. delib.* junto con lo anotado por Alex. siguiendo á Fulgos.

(24) Entiéndase de los que el testador tenia al tiempo de su muerte: no viene comprendido lo que del mismo adquirió el heredero por título entre vivos, pues es claro que los contratos quedan subsistentes á pesar de la repudiacion, l. 5. C. *de*

si por auentura non les quisiesse entregar en los bienes del testador, que passaron a el, estonce aquellos que han derecho de los auer, deuen jurar quantos son, e ser creydos por su jura (25); estimandolos primeramente el Juez, segun su aluedrio, quanta suma deuen jurar.

LEY 5. *Como el heredero, non queriendo tomar plazo para consejarse, debe entrar los bienes del defuncto seguramente, faziendo inuentario primero.*

Inuentario en latin, tanto quiere dezir en romance, como escritura que es fecha de los bienes del finado. E fazen los herederos (26) tal escritura como esta, porque despues non sean tenudos de pagar las debdas (27) de aquel que heredaron, fueras ende en tanta quantia, quanto montaren

oblig. et act., aunque se celebren en el testamento, segun la Glos. en la l. 21. al fin D. *de testam.*, y por mas que el testamento se invalide, arg. l. últ. D. *de reb. eorum.* y Bald. y Juan de Plat. en la l. 4. C. *de omni agr. deser.* Además, podrá retener los prelegados, l. 17. § últ. y l. 18. D. *de leg.1.*: subsistirán tambien las donaciones que al heredero hubiesen hecho, auth. *unde si parens* C. *de inoff. testam.* Empero, en la cit. l. 4. tenemos un caso especial en que el heredero que repudia, pierde todo lo que hubiese adquirido del difunto, sea cual fuere el título; á saber cuando fuese instituido por un deudor tributario del fisco: cuya ley Bart. y Juan de Plat. estienden á los herederos de los deudores tributarios del comun de alguna ciudad ó villa. Empero Lucas de Pen. en d. l., la concreta á las fincas tributarias, es decir que el heredero no podrá retener una de las mejores, desentendiéndose de los tributos que pesan sobre las demás; y de consiguiente, aquellas palabras *ex indem bonis* las refiere á los tributarios, y no á los demás que tal vez tuviese el testador; lo que es aplicable á todo poseedor de bienes de esta clase, ll. 5. y 9. d. tít. junto con otras citadas por el mismo. Ang. en la l. 1. D. *de acquir. hæred.* aduce la cit. l. 4., á la que califica de peregrina, para probar que caso de deferírsenos algo en virtud de disposicion legal, es preciso aceptar el todo ó nada, aunque ese todo fuere divisible; de lo que infiere que si alguna ley particular reservare para los hijos los bienes inmuebles del condenado á pena capital, no podrán aquellos aceptar una parte tan solo; y añade que tratándose de una ciudad, que, cual la de Florencia, goce de las prerogativas fiscales, los hijos deberán admitir dichos bienes si están afectos á algun tributo, so pena de perder cuanto por otro título hubiesen adquirido del padre. Alex. en la cit. l. 1. entiende d. l. 4. en los mismos términos que Bart. y Juan de Plat. Dejo este punto á la decision del lector, pues que d. l. 4., admite las dos interpretaciones.

(25) Entiéndase, si el heredro no hizo inventario; así lo dispone la l. últ. §. penúlt. vers. *quod si post deliberationem* C. *de jur. delib.*, de la que esta deriva.

(26) ¿Qué diremos del usufructuario de todos los bienes? Parece que tambien le alcanza la obligacion del inventario, si no quiere responder *in solidum* de las deudas y legados, porque el usufructo se entiende con el gravámen de las deudas, segun Bart. en la l. últ. D. *de usufr. leg.*, y v. Dec. consil. 418. duda 4. donde trata de si el testador podrá ó no remitir la confeccion del inventario: sobre la decision de Bart. v. Alex. en la l. 69. D. *ad leg. Falcid.* y Guilliel. Bened. en la repet. al cap. *Raynutius, de testam.* sobre las palabras *cætera bona* fol. 6. y 7. Nótese que esta ley dice *herederos*; de lo que se infiere que no vienen comprendidos los que no sucedan por derecho hereditario, por ejemplo, aquel á quien se adjudican los bienes al efecto de sostener los legados de libertad, el monasterio que ocupa los bienes del profeso, el padre que adquiere los del hijo por derecho de peculio, y el fisco al apoderarse de los bienes del reo: estos no tienen necesidad del inventario al efecto de no quedar obligados mas allá de donde los bienes alcanzan: lo mismo diremos de los albaceas, Juan Andr. adic. al Specul. tít. *de instrum. edit.* §. *nunc aliqua*, adic. que empieza *Jacob. de Aren.*, y Ang. en la l. 1. §. 9. *si cui plus quam per leg. Falcid.* col 2.

(27) Y los legados, Nov. 1. cap. 2. §. 2. y l. 7. de este tít. De la razon que da esta ley de Part. parece deducirse que el heredero no hace el inventario por el interés de su coheredero, ni por el del fideicomisario universal, y de consiguiente que ninguna de estas personas podrá imputarle la falta de dicha formalidad; esta fué la opinion de Juan Andr. en las adic. al Specul. tít. *de instrum. edit.* §. últ. sobre la palabra *fecerit*. Empero Socin. consil. 51. vol. 3. sostuvo lo contrario, por lo que hace al fideicomisario universal, y se funda en que debiendo á semejante sucesor rendirle cuentas el heredero gravado, l. 72. §. 2. *de condit. et demonst.* y allí la Glos., Bart. y DD., es indispensable una base para las mismas, la que no puede ser otra que el inventario, arg. l. 1. §. 3. D. *de tutel et ratio distrah.*: convenimos con Socin. por militar igual ó mayor razon en el fideicomiso universal, que en los legados. Añád. Alber. en d. l. últ. sobre las palabras *sin autem dubius*, col. 2. vers. *item quæritur*; v. Alex. en la l. 11. §. 5. D. *ad leg. Falcid.*, donde, siguiendo á Cumman. dice, que si bien el heredero debe

los bienes (28) que heredaran del finado. E deuen començar a fazer este inuentario a treinta dias (29), desque sopieren (30) que son herederos del finado, e hanlo acabar fasta très meses. Pero si todos los bienes de la herencia non fuessen en vn lugar, estonce bien les pueden dar plazo de un año, demas de los tres meses (31), para reconoscerlos, e meterlos en escrito. E la manera de como debe ser fecha la escritura de tal inuentario, es esta: que se deue escreuir por mano de algund Escriuano publico, e deuen ser llamados (32) todos aquellos a quien mando el testador (33) alguna

hacer inventario cuando lo instare el fideicomisario universal; sin embargo, no podrá ser reconvenido mas allá de lo que alcanza el patrimonio, por haber omitido dicha formalidad, ni por esta falta tendrá lugar el juramento estimatorio.

(28) Añád. l. últ. §. 4. C. *de jur. delib.*, donde hallamos otra ventaja que resulta del inventario, á saber, que al heredero no puede hacérsele cargo por haber pagado á los primeros que se le han presentado. ¿Tendrá esto lugar, si hay de por medio quienes acrediten por usuras que les exigió el testador? Archid. en el cap. *sane* 14. q. 5. decia que debian ser satisfechos con preferencia á los legatarios: véase sobre este punto Alex. en d. l. últ. §. 4. vers. *item nota,* donde además trata de si el albacea al cual el testador encarga la enmienda de los daños que él hubiese causado, podrá pagar al primero que reclame.

(29) ¿Qué diremos si lo comienza pasados treinta dias, pero lo concluye dentro los tres meses? Cyn., Bart. y Bald. en d. l. últ. C. *de jur. delib.* opinan por la validez del inventario, por ser formalidad de poca importancia el principiarlo dentro los treinta dias. Alber. y Ang. sostenen allí lo contrario, y con ellos está Juan Andr. en las adic. al Specul. tít. *de instrum. edit.* §. últ. adic. que empieza *quid si perfecto*, citando en su apoyo varios DD. antiguos. Por fin Alex. en d. l. §. 13. distingue: si el inventario, dice, estuviese ya formalizado, opinara por su validez; si estuviese por empezar al moverse la cuestion, me decidiria por el parecer de Juan Andr.

(30) La Glos. en la l. últ. princ. sobre la palabra *delatam* C. *de jur. delib.* añade *et postquam adita sit hæreditas*, fundándose en el §. 12. de d. l.; es decir que, segun ella, el término para la confeccion del inventario no empieza á correr hasta que se haya adido la herencia: pero el citado testo no habla de la formalizacion del inventario: el cit. §. no prueba esto; es verdad que en él se hace mérito de la adicion, pero es para manifestar que sin ella, el heredero no podria ser reconvenido *in solidum*. Bart. en d. l. últ. y en la l. 3. §. 11. D. *de statu liber.* sigue la opinion de la Glos. apoyándose en d. l. 3. la que en realidad nada prueba en este punto: trátase en ella del legatario á quien el testador ordenó que diese algo al heredero, lo que aquel no puede verificar, mientras este no sea en realidad heredero por medio de la adicion. El Specul. y Juan Andr. tít. *de instrum edit.* §. últ. y Ricard. Malumb., Salic. y Paul. de Castr. en d. l. últ. §. últ. opinaban que el tiempo debia contarse desde que el heredero supo habérsele deferido la herencia. Sin embargo, el parecer de la Glos. y Bart. es el mas general, segun Alex. en d. l. últ. princ. col. 3. donde cita á varios que le sostienen: síguelo tambien Alber. en d. l. últ. sobre las palabras *sin autem. dubius*, donde añade, que segun Martin. Silla., el heredero se entenderá adir, por el mero hecho del inventario, en virtud de la l. 20. §. penúlt. D. *de acquir. hæred.*, pero nada de esto prueba d. l., ni puedo admitirlo por deducirse lo contrario de la cit l. últ. §. 14. y §. penúlt. vers. *quod si post deliberationem.* Yo me adhiero á la opinion de la Glos. eceptuando con Bart. el caso que el heredero difiera maliciosamente la adicion de la herencia: viene en apoyo de esta inteligencia nuestra ley cuando dice; *fazen los herederos tal escritura como esta, porque despues* etc.; de lo que se colige referirse al heredero que por medio de la adicion se ha sujetado á las cargas hereditarias: mas claramente resulta de aquellas palabras de la l. 10. de este tít., *de que ouiere entrado la heredad del testador.* Lo mismo parece que deberá decirse respecto del fideicomisario universal, por mas que opine lo contrario Juan Andr. lug. cit. col. 6. adic. que empieza *secundum Uber.*

(31) En d. l. últ. princ., de la que esta proviene, se dice, dentro noventa dias: nuestra ley querria que los meses se considerasen todos de treinta dias, cual la Glos. en d. l. últ. princ. sobre la palabra *sexaginta.* Véanse sobre este punto la Glos. en el cap. *quam sit*, *de elect.* lib. 6. en la palabra *mensem*, varios DD. citados por Alex. en d. l. últ., Bart. en la nov. 66. y en la 115. §. 1., Bosch. en el tratado *de jure patronatus* chart. 11. col. 2., Alex. consil. 114. col. penúlt. y últ. vol. 5. y Bald. en la l. 1. D. *si quis cautioni.* Sin embargo, atendidas las palabras de nuestra ley, parece bastará que el inventario se concluya dentro los 91 dias, arg. l. 101. D. *de reg. jur.*

(32) Bastará una citacion, aunque no sea perentoria, atendido que ninguna sentencia debe proferir el juez, y si solo autorizar la formalidad del inventario, segun Ang. en la l. 1. §. 9. D. *si cui plusquam per leg. Falcid.*, el cual añade que la citacion puede hacerla el juez lego, aunque los acreedores ó legatarios fueren eclesiásticos; si bien, dice, será mas seguro que se dirija al superior inmediato del eclesiástico.

cosa en su testamento, que esten presentes, quando fizieren tal escrito. E si por auentura, alguno de aquellos que han de auer las mandas, fuesse a otra parte (34), o fuere en el lugar, e non quisiere (35) venir quando le llamaren, estonce deuese fazer tal escrito ante tres testigos (36), que sean omes de buena fama, e atales que conozcan (37) a los herederos. E en comienço de la carta deue el heredero fazer la señal de la Cruz (38) e de si a de comenzar el Escriuano a escreuir, diziendo assi: En el nombre de Dios (39), Padre, e Fijo, e Spiritusanto; e de si, escreuir, e poner en el inuentario todos los bienes de la herencia (40). E en la fin de tal carta deue escreuir el heredero de su mano (41), que todos los bienes del testador son escritos en este inuentario leal-

(33) No hay testo alguno que hable de la citacion de los acreedores: únicamente la Glos. en d. l. últ. princ. sobre la palabra *cœterorum* y en la novel. 1. cap. 2. vers. *sancimus*, los equipara en este punto á los legatarios; y esta es la opinion mas recibida, segun Alex. en d. l. últ. princ. col. 4., donde añade que si son conocidos los acreedores y legatarios no bastará la citacion general, pero si cuando fueren inciertos. Si faltó la citacion de alguno, por lo que á él toca el inventario no producirá efecto, Bald. en la auth. *si omnes* C. *si minor ab hœred. abstin.* En cuanto á si será bastante una citacion y que esta se dirija al procurador del ausente, véase Bald. en d. l. últ. §. 1. col. 5. ¿Qué diremos si el heredero hubiese hecho bien y fielmente el inventario, pero sin el requisito de la citacion? V. Bald. en la auth. *sed cum testator* C. *ad leg. Falcid.* col. 2., el cual opina por la nulidad del inventario, á no ser que la costumbre del lugar autorice dicha omision: con todo, véase Bart. consil. 154. col. últ.; véase además al mismo Bald. en d. l. últ. princ. y Paul. de Cast. en el §. 1. col. 2. Adviértase que el inventario debe formalizarse ante el juez, no para que dé providencia, pero si al efecto de citar á los acreedores y legatarios; v. Bald. en la l. 1. C. *qui bon ceder. poss.* col. 2. y el Specul. tít. *de instrum. edit.* §. últ. col. 3.

(34) Es decir, ausente; añád. novel. 1. cap. 2. §. 1.

(35) Nótense estas palabras, las que están tomadas de Azon Suma C. *de jur. delib.* col. 2.

(36) Hase tomado esto de d. novel. 1. cap. 2. §. 1.

(37) Hase tomado esto de d. l. últ. §. 1.; y allí la Glos., Bart. y Jason tratan de los casos en que es menester que los testigos conozcan á los contrayentes ó personas acerca de las que deponen. En cuanto al escribano, si debe conocer á los contrayentes, véase la l. 54. tít. 18. Part. 3. y lo que allí dije.

(38) La omision de esta solemnidad no viciará el inventario, Bart., Bald., Paul. y Alex. en d. l. últ. §. 1.: esta opinion es la mas equitativa, segun Alex. en la l. 2. §. *prius* D. *de vulg. et pupill.*, donde latamente discute este punto. La opinion contraria es la mas general; sin embargo, me adhiero á la de Bart. atendidas los razones alegadas por Alex. en d. §., mayormente atendida esta l. de Part., la que no prescribe esta solemnidad en forma de condicion, cual parece hacerlo el §. 4. de la cit. l. últ. C. *de jur. delib.*, el que era el principal fundamento de los DD. que sostenian la opinion contraria: además viene en corroboracion de la nuestra la l. 1. §. últ. D. *de vent. inspic.*

(39) Tampoco viciará el inventario la omision de esta solemnidad, por lo que llevo dicho en la glos. anterior.

(40) Tambien los que en realidad no pertenecieran al difunto, l. 19. D. *de petit. hœred.*, Bald. en d. l. últ. §. 1. C. *de jur. delib.* col. 4. y Alex. en la l. 40. §. 1. D. *de acquir. posses.* Tambien los documentos, en los términos que previene la l. 57. al fin D. *de administ. tutor.*, Bart. en la auth. *sed cum testator* C. *ad leg. Falcid.* col. últ. y Bald. en la l. 7. C. *de bonis damnat.*; y de d. l. resulta que para ser perfecto el inventario debe contener con distincion y claridad todos los bienes. ¿Y si el heredero hubiese omitido alguna cosa, quedará viciado todo el inventario? así opina la Glos. en la novel. 1. cap. 2. sobre la palabra *lucrari*; lo que Bart. entiende del caso que hubiese mediado dolo: la culpa segun él no perjudica, en particular la levísima, y mucho menos el justo error; y añade que protestando el heredero que si en lo sucesivo descubre algo mas lo continuará en el inventario, rechaza la presuncion de fraude: de lo que se sigue que la presuncion tendria lugar no mediando la protesta, si alguna cosa aparecia despues, d. l. 7. y Juan de Plat. en la l. últ. al fin C. *de bonis vacant.*; á no ser que existiesen indicios que escluyeran la presuncion dicha, v. glos. 64. de este tít. ¿Qué diremos si el heredero, faltando á la protesta, deja de continuar en el inventario lo que de nuevo llega á su noticia? Bald. lug. cit. dice que únicamente quedará privado del benefico de inventario en cuanto á lo que posteriormente descubrió. Cuando no se hallaren bienes del difunto, esa simple manifestacion equivale al inventario, segun Bald. en la l. últ. C. *qui bonis cedere poss.* col. 2.

(41) Esta formalidad no está en uso en algunos lugares, segun el Specul. tít. *de instrum. edit.* §. *dicto.* vers. últ.; y creo que así sucederá en nuestro reino. Sea de esto lo que fuere, la ley debe entenderse del supuesto que el mismo heredero haga por sí el inventario; si lo forma-

mente, e que non fizo ningun engaño. E si por auentura el non sopiere escreuir, deue rogar a alguno de los Escriuanos públicos, que lo escriuan en su logar ante dos testigos.

LEY 6. *Como, aquellos que han de rescebir debdas, o mandas de las herencias del finado, si non se acaescieren al inuentario, pueden pesquerir, e saber, si son y puestos todos los bienes.*

Legatarios llaman en latin, aquellos a quien manda el testador alguna cosa en su testamento. E si estos atales non se acertassen (42) quando escriuiessen el inuentario, e por auentura dubdassen, que non eran escritos en el todos los bienes del testador; estonce (43) pueden pesquerir, para saber la verdad, tomando la jura del heredero, que non encubrio ninguna cosa, nin fizo engaño ninguno en aquel escrito. Otrosi puede fazer jurar a los testigos, que se acertaron, quando se fizo el inuentario, si fue fecho bien, e lealmente. E aun demas desto, pueden pesquerir en los sieruos de la heredad, metiendolos a pena, o a tormento, que les muestren toda la heredad, e les digan todos los bienes del testador quantos eran. E por esta carrera pueden entender, si fue fecho por el heredero lealmente el escrito, o non. E esta pesquisa deue fazer el Judgador del logar, a la demanda de los legatarios sobredichos.

LEY 7. *Como, mientra faze el inuentario el heredero, non le deuen mouer pleyto los que han de rescebir las mandas (b), e que fuerza ha el inuentario, e que pro viene ende al heredero.*

De mientra que dura el tiempo que otorga el derecho al heredero para fazer el inuentario, non pueden mouer (44) contra el pleyto, para demandarle ninguna cosa aquellos a quien oviesse mandado algo (45) en su testamento, fasta que

(b) ó las debdas Acad.

lizase por medio de procurador, (lo que está en sus facultades, segun la l. últ. §. 2. C. *de jur. delib.* y Bart. en la Novel. 1. cap. 2. §. 1. vers. *si enim*) bastará que este ponga de su mano la cláusula de que se trata, Paul de Castr. en d. l. últ. §. 1. Adviértase que segun el mismo Castr. y Jas. en d. lug. apoyados en d. §. 1., la facultad de hacer el inventario por el ministerio de procurador está limitada al caso que los bienes de la herencia estén situados en parage distinto del domicilio del heredero. Es de advertir tambien que para la validez del inventario no se requiere la continuidad del acto, Glos. en d. Novel. 1. cap. 2.; basta que esté autorizado todo por un mismo escribano, segun d. Glos. que califica de notable Bart. en la l. 1. D. *de offic. consul.* cuest. 17.: Bald. en el §. *vassallus, si de feud. fuer. controv. int. dom.* dice que el inventario es por su naturaleza indivisible.

(42) Sea por estar ausentes, sea porque no quisieron asistir, l. anter. y mas claramente la novell. 1. cap. 2. vers. *si vero absunt.*

(43) Pero no si hubiesen asistido á la confeccion del inventario. Empero Bald. en la l. últ. §. 10. C. *de jur. delib*, fundado en el mismo testo, sienta que ni la asistencia de los legatarios y acreedores, ni el haberse suplido por medio de testigos la falta de tales interesados, les impedirá probar contra el inventario; fúndase en que pudo haber ocultacion á pesar de la inspeccion de los mismos, l. 35. D. *de pact.* y l. 6. D. *de transact.* Deberia tal vez esta ley de Part. así como la novell. 1. cap. 1., interpretarse ó ampliarse por lo dispuesto en el §. 10. de la cit. l. últ., concediendo á los legatarios y acreedores el derecho de impugnar el inventario, aunque hubiesen asistido á su otorgacion, mayormente si hubiesen descubierto algun fraude, arg. cap. *insinuante, de offic. deleg.*

(44) Aunque visiblemente alcanzaran para todo los bienes de la herencia, Bald. en la l. últ. §. 1. C. *de jur. delib.* Y no importa que el inventario se halle ya estendido en escritura pública, si el heredero no hubiese declarado darlo por concluido; á no ser que hayan transcurrido los tres meses, segun Ang. é Imol. en la l. 1. §. 9. D. *si cui plusquam per leg. Falcid.* col. 5. y 6.: lo que nos parece bien, porque en tal caso faltará la firma del heredero, á tenor de la l. 5. de este tít. de Part.; por mas que Alex. diga deducirse lo contrario de la l. 25. D. *de testam.*

(45) Entiéndase lo mismo de los acreedores hereditarios, pues de ellos tambien habla la l. últ. §. 11. C. *de jur. delib.* de la que esta deriva; y lo prueban aquellas palabras que se leen mas abajo, *a ninguno de aquellos que han de auer algo.* Limítese esta ley y el cit. §. 11. á las acciones que se intentaren contra el heredero como tal, y no se entienda de las que contra él se instruyesen como poseedor, por ej., la *reivindicativa*, l. 12. §. últ. D. *ad exhib.* y l. 41. §. 1. D. *de re judic.* Esceptúese tambien la accion relativa á usuras que el difunto mandó restituir, á tenor del cap. *quamquam, de usur.* lib. 6., porque se trata de la salud del alma, Alber. y Richard. en d. §. 11. Esceptúanse además los gastos del entierro y los legados de alimentos á favor de personas miserables, Ang. é Imol. en la l. 1. §. 9. D. *si cui plus-*

aquel tiempo sea cumplido. E esta es vna fuerça que ha el inuentario. Pero por este tiempo sobredicho non se pierde su derecho(46), a ninguno de aquellos que han de auer algo de los bienes del testador. E otra fuerça ha aun el inuentario ; que despues que es acabado , non es tenudo el heredero de responder a los que han de recebir las debdas (47) en los bienes del finado, nin a los que mandasse(48) el testador alguna cosa en su testamento, si non quanto montaren (49) los bienes, e la heredad, que fueren escritos en el inuentario. Otrosi dezimos, que non es tenudo el heredero, que fizo tal escrito en la manera que de suso diximos, de dar, o de pagar las mandas que fizo el fazedor del testamento, fasta que sean pagadas tobas las debdas(50) primeramente, que el finado debia. E aun dezimos que puede despues retener para si la quarta parte de los bienes pue fincaren, despues que fueren pagadas las debdas, a que llamau en latin, Falcidia (51). E si tantos bienes non le fincassen, despues que fuessen assi pagadas las debdas, de que el heredero podria ser entregado cumplidamente de la Falcidia ;estonce puede retener para si, e sacar la quarta parta de cada vna de las mandas del testador, fasta que aya su derecho, assi como sobredicho es. Pero dezimos, que si el heredero, despues pue ha fecho el inuentario de todos los bienes del testador, pagase ante las mandas, que las debdas (52) del finado, de manera, que le

quam per leg. Falcid. Esceptúese por fin el caso que el heredero reconvenga á los deudores hereditarios, lo que está en sus facultades, segun Bart; entónces podrán estos á su vez reconvenirle, aunque no esté concluido el inventario, segun Ang. en d. §. 9. col. 6. vers. 3., arg. l. 2. §. 5. D. *de judic.*: á no ser que el heredero se hubiese visto precisado á compelerles á juicio, á causa, por ejemplo, de fuga, ó de amenazar ruina la casa del vecino, Ang. en d. lug.

(46) Pues que no corre en cuanto á los efectos la prescripcion, contra el que halla un impedimiento de hecho ó de derecho, v. d. §. 11., l. 1. §. últ. C. *de annal. excep.*, cap. *quia diversitatem, de concess. præbend.*, lo anotado en el trat. de las prescripciones, fol. 31. col. 2 y 3., chart. 52. col. 3. y 4: véase además como limitan este principio Alex. consil. 1. vol. 5. y Jas. en la l. 76. §. 1. D. *de verbor. oblig.* col. 1.

(47) Añád. l. últ. §. 4. C. *de jur. delib.*

(48) Añád. novell. 1. cap. 2. §. 2.

(49) Adviértase que si el heredero pagare alguna cantidad por causa de contumacia, no se detraerá de los bienes de la herencia, en perjuicio de los acreedores y legatarios, l. 60. D. *ad leg. Falcid.* y allí Paul de Castr. Adviértase además, que el heredero no podrá alegar el beneficio de inventario respecto de aquellas deudas hereditarias sobre las cuales hubiese transigido; entónces pagará por entero lo que prometió, porque es deudor por su propia promesa, y no en calidad de heredero; así opina Ang. consil. 31. col. 3., fundado en la l. 36. D. *ad Trebell.*; v. Aret. consil. 148. col. penúl. y Dec. consil. 137. col. penúlt. n.º 4. ¿Y si el heredero que hizo inventario vende alguna cosa hereditaria con el objeto de pagar deudas de la misma clase, deberá obligarse para el caso de eviccion? Sobre este punto es notable Juan Andr. en las adic. al Specul. tít. *de instrum. edit.* §. últ. col. 4. y 5. sobre la parte *fecerit*; colígese de lo que allí espone, que en semejante caso no podrá ser precisado el heredero á que enagene en nombre propio, sino que basta que lo verifique en calidad de heredero con beneficio de inventario, de modo que resulte libre de responsabilidad por causa de la eviccion: v. Cyn. en la l. últ. §. 4. C. *de jur. delib.*, allí mismo Jason vers. 4. *utilitas est.* y Alb. col. últ. vers. *item quæritur.* Puede verse en el mismo Abb., que si la escepcion de beneficio de inventario no se opuso antes de la sentencia, no cabe oponerla en la ejecucion; cuya decision dice es generalmente aprobada: empero, sostiene lo contrario Juan Andr. lug. cit. col. 7., y esta opinion es la mas general: véanse los DD. en la l. 17. §. 1. D. *solut. matrim.* y Bald. en la l. 5. C. *quorum appellat. non recip.* col. penúlt.

(50) Añád. l. últ. §. 5. *vers. licentia* C. *de jur. delib.* y allí la Glos.

(51) V. l. 1. tít. 11. de esta Part.

(52) O bien á acreedores menos preferentes que se presentaron primero, d. l. últ. §. 4.; no se le hará cargo por semejante pago, mientras ignorase la existencia de los otros créditos mas privilegiados: siendo sabedor de ellos, sería responsable de no haber exigido caucion, l. 41. D. *ad leg. Falcid.* y una pequeña glos. en d. l. últ. §. 4. y allí Bart. De aquí infiere Paul de Castr. en d. §. 4. citando Archid. en el cap. *non sane* 14 q. 5., que el heredero usurario no debe pagar al primero que se presente, sin exijirle caucion, porque debe saber que existen otros acreedores del difunto: empero, esto debe entenderse, bajo el supuesto que pudiese presumirse en mala fé el heredero, esto es, que no ignoraba la existencia de los otros créditos, Alex. en d. §. 4. citando Lup. y Dominic. en el cap. *quamquam, de usur.* lib. 6. y el Hostien. Sum. *de testam.* §. *at quid hæres.* ¿Qué diremos del albacea ó heredero á quien el testador encargó la reparacion de las injurias y daños causados por él? ¿podrá pagar al primero que se presente? Juan Andr. en las adic.

non fincasse a el mas de la quarta parte (53) de la heredad, estonce aquellos que deuen auer las debdas, non pueden primeramente demandar al heredero, que gelas pague; mas deuenlas demandar alos que recibieron las mandas, e ellos son tenudos de les tornar aquello que recibieron, de que se puedan pagar las debdas: e si fuessen tan pocas, que non cumpliessen a pagar las debdas, estonce, por lo que finca dellas, deue el heredero fazer pagamiento, a aquellos que lo han de recebir, de aquella quarta parte (54) que retuuo para si. E esto es, porque el se deuia guardar de fazer pagamiento de las mandas, ante que pagasse las debdas (55); pues que sabia (56), que non abondauan los bienes, para pagarlo todo.

LEY 8. *Quales espensas non es tenudo el heredero de poner en el inuentario.*

Las despensas que el heredero fiziere en razon de soterrar (57) aquel cuyo heredero es, o las que fiziere derechamente en otra manera qualquier, non es tenudo de las contar, nin escreuir en el inuentario; pero si acaesciere alguna contienda sobre estas despensas, deue el heredero prouar con testigos antes quien las fizo, o por su jura (58).

al Specul. tít. *de instrum. edit.* §. *nunc vero aliqua* col. 33., nos refiere la opinion de Jacob. de Raven., el cual gradua de falso al albacea que en semejante caso pagara sin exigir caucion: Paul. de Castr. es del mismo parecer, dando tambien por razon que el albacea debia saber que no faltaban otros con derecho á ser indemnizados: esta decision de Castr. debe limitarse en los mismos términos que la anterior. Empero ¿los acreedores preferentes tendrán derecho á que se revoque el pago hecho á los inferiores? V. d. §. 4. y Paul. de Castr. en la l. 61. D. *de condic. indeb.* ¿Qué diremos de los acreedores de igual fecha que los que cobraron? tendrán derecho para cobrar de lo pagado, á prorrata? Así opina Oldrald. fundado en la l. 6. D. *de bon. autor. judic. possid.*; empero Alber. en d. §. 4. arg. l. 24., al fin D. *de his quæ in fraud. cred. alien.*, sostiene que nada debe quitarse á los acreedores que fueron diligentes en el egercicio de su derecho: la opinion del primero prevalecerá, si instándose el cobro por entrambos acreedores, el heredero pagára con preferencia á uno de ellos; fuera de esto, seguiremos la decision de Aber. en fuerza de la cit. l. 24.: así opina Bald. en d. §. 4. al fin, si bien poco antes refiere, sin impugnarlo, el parecer de Oldrald. Ang. en la cit. l. últ. §. 10. *jur. delib.* aplica esto á los acreedores de un comerciante que en vísperas de la quiebra cobran sus créditos; y dice haber visto varias veces en Perusio, como se obligaba á semejantes acreedores á que dividieran con los demás lo que hubiesen cobrado: véase lo que dije en la l. 11. tít. 14. Part., 5. y l. 9. tít. últ. de esta Part. Otra cuestion se ofrece, á saber, si los acreedores tendrán accion contra los compradores de las cosas de la herencia; véase d. §. 4. y allí Paul de Castr. vers. 5. *utilitas*.

(53) Aquí se rectifica la decision de Cyn. en la l. 2. C. *qui potior in pig.* y Bart. en la l. 5. D. *ut in posses. legat.*, quienes dicen en el mismo supuesto de mediar inventario, que si la herencia es solvente, los acreedores no pueden dirigirse contra los legatarios, sin que primero hayan escutido los bienes de la herencia que se hallaran en poder del heredero. Nuestra ley exige la escusion en el único caso de quedarle al heredero mas de la cuarta falcidia, y precisamente á este esceso; dando empero derecho á los acreedores sobre la misma cuarta, si los legados no bastaren para el pago de las deudas. Sin embargo, parécenos que reconvenidos los legatarios tendrán derecho á exigir que el heredero contribuya con ellos con proporcion á la cuarta, de modo que satisfechas las deudas, quede este únicamente con la cuarta del haber hereditario líquido.

(54) Pues que si la herencia es insolvente, no cabe el pago de los legados, ni la detraccion de la falcidia, l. 1. §. penúlt. D. *ad Trebell.* y la Glos. en la l. últ. §. 4. C. *de jur. delib.*

(55) En efecto, los legados deben pagarse de lo que resta satisfechas las deudas, l. 4. D. *de separat.* y l. 15. C. *de legat.*

(56) O debia saberlo: no importa que lo ignore: los acreedores se dirigen á él por razon de dicha cuarta, aunque la haya retenido en cosa ó en cantidad determinada, Paul en la l. 1. §§. 16., 17 y 31. D. *ad Trebell.*: las deudas son siempre preferidas á la falcidia, ll. 6 y 8. C. *ad leg. Falcid.*

(57) Lo mismo dirémos de los gastos de la última enfermedad del difunto, Bald. en la l. 4. C. *de pet. hæred.*; de los de la otorgacion del testamento, l. últ. §. 9. C. *de jur. delib.*, de la que esta de Part. deriva; así como de lo invertido en la enagenacion de las cosas hereditarias, Bart. en la l. 19. §. últ. D. *ad Trebell.* ¿Qué dirémos de lo que haya gastado el heredero en el litigio que promovió para hacerse declarar tal, ó contra el que pretendia algun crédito? V. Ang., Paul., Alex. y Jas. en dicho §. 9., quienes están por la deduccion de estos gastos, en el supuesto que el heredero haya conseguido victoria, y la herencia no alcance para todo: de otra suerte opina allí Bald.

(58) Aprueba la opinion de la Glos. en d. §. 9. contra la cual opinaban allí Cyn. y Alber: entién-

E si aquel que es establescido por heredero ouiesse alguna demanda, ó le deuiesse alguna cosa aquel que le establescio por su heredero, en saluo le finca (59) la demanda, o aquello quel deuia el testador, si el inuentario fiziere, assi como sobredicho es.

LEY 9. *Que pena deue auer el heredero, que maliciosamente faze el inuentario.*

Maliciosamente faziendo el heredero inuentario, encubriendo, o furtando alguna cosa de los bienes del testador; si esto le fuere prouado, deue pechar doblado, tanto quanto encubrio, o furto, a apuellos que deuian rescebir (60) algo de los bienes del muerto. E mandamos, que tales

dase esta ley del caso que los gastos fueren menudos; de otra suerte seria menester justificarlos con testigos ó documentos, segun Bart. y la generalidad de los DD. lug. cit. Ang. allí mismo llama impensas menudas, á las gastos cotidianos, los que, en efecto, son de difícil prueba; y al fin concluye que en este punto, todo debe pender del arbitrio de buen varon.

(59) ¿Será esto *ipso jure*, ó bien tan solo en cuanto á los resultados? La Glos. en d. §. 9. está por lo segundo, por parecer imposible que el acreedor sea heredero de sí mismo; v. Alex. en la l. 7. C. *de pact.*, donde sostiene la opinion de la Glos. y dice ser la mas general. Sin embargo, si la herencia se hubiese adido con el beneficio de inventario, ó bien se formalizó este antes de la adicion, entónces parece que queda impedida *ipso jure* la confusion de las acciones; porque si el inventario impide en cuanto á los efectos la confusion que se verificó, con mayoría de razon impedirá que la confusion se egecute, segun Dec. en d. l. 7., arg. l. 8. D. *de his qui sunt sui vel alien. jur.* Llamo la atencion sobre lo que dice Bald. en d. l. 7. col. 2. á saber que el heredero que hizo formal inventario con citacion de acreedores y legatarios, puede implorar el oficio del Juez acerca la separacion de bienes, á fin de que se le adjudique alguna cosa por su crédito: pasa mas adelante en d. §. 9. col. 1., asentando que puede cobrarse de su propia autoridad, eligiendo la cosa que debe servirle en pago, arg. l. 8. D. *de distr. pign.*: esto, segun Dec. lug. cit., no tiene dificultad, si los demás acreedores consienten; de lo contrario, dice, el heredero no debe gozar de ninguna prerogativa, sino que seguirá la suerte de los demás acreedores, arg. d. §. 9. Esceptúase de esta l. de Part. el caso que el heredero fuese instituido con la idea de que compensara con dicha calidad su crédito, l. 6. C. *de hæred. instit.* Otra escepcion tenemos en la deuda que proviene de disposicion de la ley, tal como la de dotar, l. 19. *de rit. nupt.*: en efecto, si el padre instituyese á la hija gravándola con legados, no deduciria primero la dote y despues la Falcidia; sino que ante todo detraeria esta cuarta, en la que se consideraria dotada, y sino bastase, detraeria de los legados lo que faltara, segun lo anotado en la l. 22. §. 4. D. *ad Trebell.* y Paul. de Castr. en la ley 12. D. *ad leg. falc.*; véase tambien al mismo Paul. en la l. 15. §. 3. D. d. tít.: téngase esto muy presente. Adviértase tambien que al fiduciario le quedan salvos los créditos que tuviere contra el difunto, aunque no haya hecho inventario: v. Paul. de Castr. en la l. 27. §. 11. D. *ad Trebell.*, Socin consil. 44. vol. 3. y Alex., la Glos. y los DD. en d. §. 9.

(60) En la l. últ. §. 10. vers. *illo videlicet* C. *de jur. delib.* de la que esta se deriva, se añade, *vel hæreditatis quantitati computare compellantur.*: supóngase pues que aun prescindiendo de la cosa ocultada por el heredero, la herencia basta para satisfacer á los acreedores y legatarios; y tendrémos entónces que será mejor para el heredero el que ese duplo se impute á la herencia, pues que de esta suerte resultará libre de pena; lo que no sucediera debiendo pagar el duplo á los acreedores y legatarios, cual lo dispone esta l. de Part. Sin embargo, parece que ella deberá interpretarse por medio de la cit. l. últ.: en efecto, el único objeto de esta pena ha sido aumentar el haber de la herencia, á fin de que cobren acreedores y legatarios: persuádelo la misma ley cuando dice *maliciosamente*; indica que la pena solo tendrá lugar cuando el heredero haya ocultado algo con mala fé, y en consecuencia perjudicado á los acreedores ó legatarios; y no cuando la ocultacion ó fraude no les haya causado detrimento alguno, arg. l. pen. C. *de revoc. his quæ in fraud. alien. sunt* y l. 7. tít. últ. Part. 5. junto con lo que allí dije. [No vemos suficiente motivo para que deba prescindirse en este punto del sentido literal de la ley: para separarnos del sentido de palabras tan precisas, era indispensable que de otra suerte la ley se hallase en oposicion con otras ó consigo misma, ó que careciera de objeto: pero nada de esto sucede. El objeto de la ley es remover toda ocultacion; y su fin el que no se cause perjuicio á los acreedores y legatarios: ahora bien, es indisputable que ese objeto y ese fin se conseguirán mejor, si indistintamente se castiga la ocultacion dolosa, esto es, aun cuando no hayan salido perjudicados los acreedores y legatarios, por haberse equivocado en sus cálculos el heredero. A cada paso se castigan hechos prescindiendo de si causarán ó no mal alguno, y si solo atendiendo al que pueden producir]. Añádase que además de la pena del duplo, el heredero queda privado de la

contiendas como estas, que acaescen en razon del inuentario (61), que las libren los Judgadores, que lo ouieren de faeer, a lo mas tarde, fasta un año, como quier que los otros pleytos que son llamados en latin, civiles, pueden durar a lo (c) menos, fasta tres años (62), e los criminales fasta dos años (63).

LEY 10. *Como deue pagar las mandas, e las debdas complidamente el heredero, si non fizo el inuentario al plazo que le fue puesto.*

Si el heredero, de que ouiere entrado la heredad del testador, non fiziere el inuentario (64) fasta aquel tiempo que de suso diximos, dende adelante fincan obligados, tambien los sus bienes que ouiere de otra parte, como los que ouo del testador, para pagar complidamente las debdas, e las mandas (65) de fazedor del testamento: e non puede retener, uin sacar para si, la su quarta parte de los bienes del testador, de las

(c) mas, fasta Acad.

falcidia, novell. 1. cap. 2. *vers. sancimus* y allí la Glos. sobre la palabra *forte*: esta disposicion es muy razonable, porque tendiendo el fraude á aumentar la detraccion respecto de todos, justo es que todos resulten beneficiados no disminuyéndoseles las mandas; y es sin duda compatible la pena del duplo con la privacion de la falcidia, como lo demuestra Salic. en d. vers. *illo videlicet*.

(61) Nótense estas palabras, las que son declarativas de la novell. 1. cap. 4., de la que nuestra ley deriva: la Glos. y DD. daban mayor estension al cit. cap.

(62) Nótese esta disposicion, de acuerdo con la l. 13. C. *de judic.*, disposicion que no se halla en ningun otro punto de las Partidas. Empero ha caido ella en desuso: vemos en los Tribunales eclesiásticos que la instancia no espira á los tres años, conforme con lo que opinaba la Glos. en d. l. 13. y la Glos. en el cap. últ. *de dol. et contum*, y la misma Glos. y DD. en el cap. *venerabilis*, *de Judic*: tampoco está en observancia en los Tribunales civiles: y á la verdad, se obtiene de esta suerte la justicia mas pronto y á menos costa.

(63) Añád. l. 7. tít. 29. Part. 7, cuya disposicion junto con la de esta ley han caido en desuso; véase lo que allí digo.

(64) ¿Qué dirémos si lo hizo, empero omitió maliciosamente alguna cosa? ¿Quedará obligado solidariamente á los acreedores y legatarios, cual si no hubiese cuidado de formalizarlo? Bart. en la l. *Paulus* D. *ad leg. falcid.* está indistintamente por la afirmativa: empero Ang. allí sostiene que solo perderá el beneficio de inventario en cuanto á la falcidia, y no al efecto de quedar obligado á los acreedores mas allá de lo que alcanzan los bienes de la herencia; y lo mismo opinan Paul. de Castr. Imol. y Alex.: idéntico es el parecer de Salic. en la l. últ. §. 10. vers. *illo videlicet* C. *de jur. delib*, donde espresa haber sido este su dictámen en una cuestion árdua sobre la que fué consultado: así pues, en semejante caso la pena del heredero consistirá en la privacion de la falcidia, mas el duplo de las cosas ocultadas, segun lo prevenido en la l. ant. ¿Qué dirémos si el inventario es imperfecto, en cuanto no designa las cosas hereditarias en los términos que previene la l. 100. t. 18. Part. 3, habiéndose limitado el heredero á decir, *pongo en inventario las cosas que se hallan en tal lugar*? Parece que no gozará del beneficio por ser esencial la individuacion, como lo prueban aquellas palabras de la cit. l. últ. §. 12, *secundum formam præsentis constitutionis:* y en efecto, lo mismo tiene verificar un acto informal, que omitirlo de todo punto, cap. *inter copolia*, *de translat. Episcop*, con otros semejantes, y añád. lo que dije en la l. 5. de este tít., glos. sobre la palabra *todos los bienes*.

(65) A no ser que los que accionan contra el heredero reconozcan que en la herencia no habia mas que lo que este manifiesta; porque contra la presuncion de ocultacion que pesa sobre el heredero que no hace inventario, debe admitirse á lo menos la prueba que resulta de la confesion de parte, segun Cyn. y Bart. en la auth. *Sed jam necesse* C. *de donat. ante nupt.*, y la Glos. en la Novell. 97. cap. 2.; así opina Bald. en la l. 24. C. *famil. ercisc* col. penúlt., si bien este habla allí de los legatarios, pero la razon es aplicable tambien á los acreedores; y lo mismo asientan Alex. y Jas. La decision de Bald. no carece de dificultad, como ya indican Soc. en la l. 1. §. 17. D. *ad Trebell.* y Alex. en la l. 11. §. 5. D. *ad leg. falcid.* col. 8. n. 13. en efecto, adiendo el heredero parece cuasicontratar con los acreedores y legatarios, l. 3. §. últ. y l. 4. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* y el §. 5. Instit. *de oblig. quæ ex quasi contr. nasc.*; de consiguiente debe quedar obligado con sus propios bienes en virtud del cuasicontrato: esto es lo que quiere nuestra ley de Partida cuando dice, tambien *los sus bienes*, *que ouiere de otra parte*, *como los que ouo del testador*.

Además el cap. 2. vers. *sancimus* novell. 1., que es sin duda el fundamento de la decision de Bald, no parece apoyarse esclusivamente en aquella presuncion de ocultacion ó fraude, como lo manifiesta la palabra *forté* la que indica que lo mismo será, aunque la ocultacion no haya interve-

nido; de consiguiente, será ella la razon impulsiva, mas no la final, Glos. é Imol. en la Clement. 1. *de appellat.* y la Glos. en la l. 17. §. 3. D. *Commod.* Lo mismo al parecer persuade la l. últ. §. 12. C. *de jur. delib.*, cuya disposicion no estriba precisamente en la presuncion dicha; sino que de haber despreciado el heredero el beneficio de inventario, se arguye que ha querido quedar bajo la disposicion del derecho comun, en virtud del cual el heredero respondía *in solidum* de las deudas del difunto, l. 33. D. *solut. matrim.* y l. 10. C. *de jur. delib.*: comprueba lo mismo el que sin embargo de no recaer en el pupilo incapaz de dolo la presuncion de que se trata, queda tambien obligado *in solidum*, novell. 1. cap. 4. §. 1., argumento que aduce Alex. en la l. últ. §. últ. C. *de jur. delib.*, tratando de la responsabilidad que contrae la Iglesia admitiendo una herencia sin beneficio de inventario. Viene tambien en apoyo de lo mismo la cit. novell. cap. 2. §. 2., cuando dice, *licet puræ substantiæ morientis transcendat mensuram legatorum datio*, y mas adelante, *sed dabit ei pœnam exactio suæ malignitatis, cum transcenderit leges ex quibus cautè omnia agens, nihil poterat damnificari.* Podria tal vez distinguirse entre acreedores y legatarios, limitando la decision de Bald. á los primeros, á los que comprenden únicamente sus mismas palabras; y á la verdad la razon de diferencia es grande, atendido que los acreedores tratan de evitar un daño, al paso que para los legatarios la cuestion es de mero lucro. Además, el heredero se considera una misma persona con el difunto, novell. 48., y esta consideracion que obra para que aquel responda *in solidum* de las deudas de este, no tiene lugar cuando se trata de los legatarios, dado que á nada estaba obligado el difunto respecto de los mismos; y por fin, si bien el derecho antiguo hacia al heredero responsable del todo de las deudas, aunque la herencia fuese insolvente, d. l. 33., limitaba la responsabilidad del mismo al importe de aquella, cuando se trataba de los legados, l. 1. §. 17. D. *ad Trebell.*, l. 11. §. 5. D. *ad leg. falcid.* y la Glos. en d. §. 12. El derecho novísimo le declaró responble tambien *in solidum* de los legados, siempre que no hubiese hecho inventario, d. novell. 1. y auth. *sed cum testatur.* C. *ad leg. falcid*: ahora, d. auth. se funda en cierta manera en la presuncion de ocultacion ó fraude, de consiguiente, por lo que mira á los legatarios y atendido el derecho comun, podria admitirse el parecer de Bald. Empero esta l. de Part. lo resiste, pues que equipara en ese punto á los acreedores y á los legatarios, sin hacer mérito de la presuncion dicha; al contrario, declara espresamente que el heredero quedará obligado con todos sus bienes; y esto es á la verdad lo mas acertado atendido el rigor del derecho. Sin embargo, dejo este punto á la consideracion del lector, dado que á mas de ser muy equitativa la opinion de Bald. se halla generalmente aprobada por los DD.; añád. Paul. en la l. 11. §. 5. D. *ad leg. falcid.*

¿Empero, en el foro de la conciencia estará obligado el heredero fuera de lo que importen los bienes hereditarios? Bart. está por la negativa en la rubr. D. *de acquir. hæred.*; cita al Ostien. en la sum. de testam. §. penúlt. vers. *quid si bona*, Juan Andr. en el cap. *quamquam*, *de usur.* lib. 6. en la novell. y los Teólogos, de los que asegura haber visto varios pareceres en este sentido: lo mismo opina Bald. en d. l. 24. col. penúlt., arg. cap. *Parrochiano, de Sepult*, añadiendo, que si el legatario precisa al heredero á pagarle algo mas de lo que pudiera atendido el valor de la herencia, deberá en conciencia restituirlo, dado que en el foro interno no entra en cuenta el derecho civil, derecho que estriba en la ficcion, mas no en la verdad: y allí añade que, si bien los legatarios no deben contestar á la posicion que versare acerca de si creen ó no que existiesen mas bienes que los manifestados, hará muy bien el juez en interrogarles de oficio, á fin de impedir una estorsion inicua, l. 6. princ. D. *de off. Præs*: Imol. en d. rubr. D. *de acquir. hæred.*, despues de referir lo que dice Ang. en la l. 1. §. 9. D. *si cui plus quam per leg. falcid.*, á saber, que tambien en el foro de la conciencia el heredero está tenido *in solidum*, distingue en esta forma; ó es cierto que el heredero adió sabiendo que la herencia era insolvente, ó consta lo contrario, ó se duda de ello; en el 1r. caso dice, quedará obligado *in solidum*; pero en el 2°. y 3°. responderá únicamente en cuanto alcancen los bienes de la herencia. Al parecer de Bart. se adhiere Alex. en d. rubr., donde Jas. dice ser la opinion general. Empero Federico de Sen. consil. 21., Imol. contradiciéndose en la l. 88. D. *de acquir. hæred.* y Paul. de Castr. en d. rubr. sostienen que en este punto no hay diferencia entre el foro interno y el esterno, dado que las leyes civiles, por suponerse justas, deben tambien observarse en el foro de la conciencia, segun S. Tom. 1. 2. cuest. 96. art. 4. y la Glos. en el cap. *quæ in Ecclesiarum, de constit.*, cuyo parecer es generalmente aprobado. Este punto es muy disputable, y la decision pende de si la ley civil estriba, ó no, en la presuncion dicha; pues que, si se funda en ella, no obligará en el foro interno, donde únicamente la verdad es atendida: ahora bien, las leyes relativas al beneficio de inventario no tienen aquella presuncion por único fundamento, como resulta de lo que llevamos dicho.

Aretin. en d. rubr. distinguia tambien en este punto entre acreedores y legatarios, distincion que tal vez sería admisible atendido que la cit. novell. 1. cap. 2. §. 2. se funda en la indicada presuncion de fraude y que quizás esa sospecha

mandas (66); ante las deue pagar enteramente, pues que non fizo el inuentario a la sazon que deuia.

LEY 11. *En que manera deue el heredero tomar la heredad, si entendiere que le es aprouechosa.*

Tomado auiendo acuerdo el heredero, si le plaze de rescebir la herencia, en que es establescido por heredero de otri, o le pertenesce por razon de parentesco, deuelo dezir llanamente (67),

fué la única causa de su disposicion; empero, considerando que esta l. de Part. no espresa semejante fundamento, parece que en rigor el heredero quedará obligado de la misma suerte á los legatarios que á los acreedores: sin embargo, es mas benigna la opinion que distingue, y de otra parte es probable que nuestra ley fuese redactada bajo el mismo espíritu que la cit. novell. de la que deriva. En cuanto á los demás casos en que el heredero no es reconvenido *in solidum*, aunque falte el inventario, véase Alex. en la l. últ. §. 4. C. *de jur. delib.*; y en cuanto á la Iglesia, véase el mismo D. en d. l. §. últ. y la Glos. y DD. en el cap. 1. *de testam.*

(66) No quedará pues privado de la detraccion de la Trebeliánica, v. Bart. y DD. en la l. 2. §. 1. D. *ad Trebell.* y Bald. en la auth. *sed cum testator.* C. *ad leg. falcid.* col. 1: no obsta la novell. 1. cap. 1. y 2. por hablar de los fideicomisarios, pues que debe entenderse de los particulares y no de los universales: así pues, las leyes ó constituciones que hablan de los casos en que se pierde la falcidia, modificando en esto al derecho antiguo, no deben estenderse á la Trebeliánica; véase Alex. en d. l. 3. col. penúlt. y últ., donde cita varios DD. que sostuvieron lo contrario, pero él se mantiene en la opinion que hemos manifestado, diciendo ser la general, opinion á la que no deja de favorecer bastante esta l. de Part.: véase lo que dije en la Glos. 1. á la l. 5. de este tít. Dec. sostiene la opinion contraria, es decir, que omitiendo el inventario, quedará privado de la Trebeliánica el heredero, y dice ser la mas general en el consil. 236. dud. 5. donde cita varios que la apoyan: del mismo parecer es Covarruv. en el cap. *Raynutius*, *de testam.* §. 2. limit. 16. La falta de inventario no privará del derecho á la legítima, Glos. en la novell. 1. cap. 2. §. 2; empero este heredero legitimario deberá satisfacer *in solidum* las deudas, Bart. en d. §. 2. y la Glos. en d. l. últ. §. penúlt. C. *de jur. delib.* glos. últ., donde Alex. dice ser esta la opinion mas general, y es la que adopta la l. 7. tít. 11. de esta Part: tendrémos pues, que los legados se disminuirán por razon de la legítima, y que tal como resulten, hecha esta detraccion, se pagarán por el heredero, alcancen ó no los bienes hereditarios, Bart. y Alber. en d. auth. *sed cum testator*, donde el último advierte que esa detraccion no deja de ser útil al hijo, dado que del residuo y de sus bienes debe pagar los legados: véase además Bald. en la l. 1. C. *de bon. auct. jud. possid.* Así pues, si el hijo se halla gravado de legados, se sacará la legítima, sosteniéndose estos con respecto á la quinta parte; pero los pagará enteramente, tal como resulten disminuidos, aunque escedan al quinto: el beneficio que consigue el hijo está en que sus bienes se aumentan con la detraccion de la legítima, y además en poder apropiarse los bienes paternos, que para él pueden tener grande precio.—*El raciocinio de Bart. y de nuestro glosador, parte al parecer del supuesto que no habiéndose hecho inventario, se presume que la herencia bastaba para satisfacer íntegramente las deudas y las mandas; de lo que en efecto se seguiria que el valor líquido del patrimonio estaria representado por la suma total de las mandas, y que para deducir la legítima no habia mas que disminuirlas en el tercio, mitad ó cuatro quintos. Pero, dudâmos mucho que sea tal la intencion de la l. 7. tít. 11. de esta Part. Dice esta ley que si los herederos son descendientes, deben tener su parte legítima, aunque no hayan hecho inventario; lo que, aun prescindiendo de la fuerza de la palabra *deuen*, supone naturalmente que entónces no cabe la présuncion de que los bienes de la herencia alcanzaban para todo.

(67) ¿La intencion actual de adir, no manifestada por acto alguno esterno, esto es, ni de palabra, ni de hecho, obligará al heredero en el foro de la conciencia mas allá de lo que alcanzan los bienes hereditarios? Toca esta cuestion Ang. Aret. en el §. últ. Instit. *de hæred. qualit. et different*; véase lo que llevo dicho sobre la ley anterior. Esta ley exige que la intencion se manifieste por medio de algun acto esterno, v. Glos. y Bart. en la l. 88. D. *de acquir. hæred.* y Glos. en d. §. últ.: la simple intencion que no se trasluce en lo esterior no basta para constituir heredero á un sugeto; á esa intencion debe agregársele un hecho esterno para que venga á ser uno de aquellos actos á los que las leyes y la sociedad dan valor; así se esplica Bald. en la l. 5. C. *de jur. delib.* col. 1., y en la col. 3. añade que no deberá responder el que fuese interrogado judicialmente acerca de si resolvió ó no en su interior admitir la herencia. Estas palabras *yo soy heredero de fulano* argüirán la adicion? Bald. sienta que sí en d. l. 5. col. 2. y lo mismo opina Bart. en la l. 7. D. *de tut.* Véase al mismo Bald. lug.

otorgandose por heredero. E aun se puede esto fazer por fecho, maguer non lo diga paladinamente. Esto seria, como si el heredero vsasse de los bienes de la herencia, assi como heredero, e señor, labrando la heredad (68), o arrendanla (69), o desfrutandola (70), o vsando della en otra manera qualquier semejante destas (71). Ca por tales señales, o por otras semejantes, se prueua que quiere ser heredero; e es tenudo de guardar, e de fazer todas aquellas cosas, que heredero deue fazer. E esto ha logar, non tan solamente en el que es establescido por heredero, mas en otro qualquier, que ouiesse derecho de heredar algund ome, que muriesse sin testamento. Pero si algund ome,

cit. col. 3. acerca de la adicion hecha por medio de estas palabras, *admito la herencia en cuanto de derecho pueda*, ó bien *si mi predecesor no adió*. Si el heredero, habiéndosele concedido tiempo para deliberar, hubiese dicho, *creo que la herencia me conviene*, parece que se presumirá haber adido, l. 71. D. *ad Trebell.* y allí Bart.: lo mismo tendrémos si dijere, *quiero adir*, Glos. y Bart. en la l. 5. princ. D. *de leg.* 1. y v. Bart. y DD. en d. l. 88.

(68) Háse tomado esto del §. últ. Instit. *de hæred. qualit. et different.*; v. Glos. en la l. 3. C. *fin. regund.*

(69) Háse tomado del citado §. y de lo anotado allí por Bald.

(70) Añád. l. 7. D. *de tut.* y Bart. allí: nótese pues que el recoger los frutos de la herencia arguye adicion; sin embargo, esceptuese el caso que pudiese conjeturarse que el heredero obró por otra causa, Bart. en la l. 88. D. *de acquir. hæred.* col. 6. y 7. y arg. l. 1. C. *de repud. hæred.* Téngase presente esta l. de Part., pues que Bart. en la cit. col. 7., fundándose en que el hecho de recoger los frutos puede lícita é indistintamente verificarse en nombre propio ó en nombre ageno, queria que en este punto se estuviera á la declaracion del heredero: nuestra ley es terminante; ella establece que no precediendo protesta de parte del heredero, se presumirá haber adido: así opinaba Juan de Imol. impugnando á Bart. en la cit. l. 88. col. penúlt., fundado en la l. 1. C. *de repud. hæred.* Será pues menester que se pruebe la indicada protesta, como dije, ó bien, que los frutos no se recogieron con ánimo de adir, como espresamente lo dispone la cit. l. 1. y lo asientan Bart. en d. col. 6. y Bald. en d. l. 1., al cual véase.

(71) Por egemplo si poseyere los bienes de la herencia, ll. 87. y 88 D. *de adquir. hæred.*, Baldo en la l. 1. C. *qui admitt.* col. 11. y Alex. consil. 32. vol. 3. Adviértase, que no se entiende admitir la herencia el hijo que transije con los asesinos de su padre, aunque de ellos reciba alguna cantidad; y ni á ella tendrán derecho los acreedores del mismo padre, segun Nicol. de Neapol. en la l. 18. D. *de tut. et rat. distrahend*: á no ser que la ley ó estatuto previniese que los asesinos deban transigir ó componerse con los herederos del difunto; pues que entónces recibiendo alguna cantidad el hijo, pareceria haber aceptado la calidad de heredero: añád. l. 10. D. *de sepulch. viol.* y en ella Bart., en la que se dice que no se presume adir el hijo por el hecho de recibir alguna cantidad por la muerte de su padre, y ni aun en el supuesto de accionar por injuria causada á dicho su padre: v. Salic., Bald. y otros en la l. 4. *arbitr. tut.*, donde se dice que, aun cuando el hijo hubiese alcanzado de los tutores la indemnizacion, por haber ellos desechado la herencia de su padre, no responderá á los acreedores de este; v. Bart. en la l. 12. al fin D. *de vulg. et pupill.*, Juan de Plat. en la l. últ. C. *de prim. pil.* y Jas. en la l. 4. §. 1. D. *de verb. oblig.* col. penúlt. Adviértase que el legatario no se entiende aceptar de hecho el legado, á no ser que el acto sea tal que suponga necesariamente la calidad de legatario, Bart. en la l. 12. §. 4. D. *de solut.*: ¿Se entenderá haber adido el padre en nombre de sus hijos, si despues de la muerte de su muger, retiene por algun tiempo la dote? Niégalo Bald. en la l. 4. C. *solut. matrim.*, en oposicion con Bart. en la l. 88. D. *de adquir. hæred.* col. 8.: fúndase en que no hay en este caso ningun acto positivo, cual se requiere además de la intencion, para que la herencia se entienda admitida: aduce tambien la l. 15. D. *de bonor. possess. contr. tab.*, véase lo que dice allí, así como en la l. 19. C. *de jur. delib.* col. 1. y en la l. 28. al fin. C. *de pact.*, y Bart. en d. l. 88., donde tambien puede verse la distincion de Imol. col. penúlt. al fin.—Tambien se entenderá adir el heredero que pagare las deudas del difunto, l. 2. C. *de jur. delib.*, y v. Jas. en la l. 38. D. *de condic. indeb.* col. 17.: lo mismo tendrémos si paga ó promete pagar los legados, Paul. de Castr. en la l. 15. §. 1. D. *ad leg. falc.* Se entiende tambien adir el hijo que recibe lo que se debia al padre, aunque la deuda fuese meramente natural, Bart. en la l. 38. D. *de condict. indeb.*, y véase allí Jason, quien ensalza la decision de Bart. Adviértase que, tratándose de hechos que no suponen necesariamente la calidad de heredero, es preciso alegar y pretender que la adicion se ha verificado, para que de ello se arguya semejante efecto, segun Alex. consil. 94. col. 2. ¿Qué dirémos si el heredero da limosnas para el alma del difunto? V. Bart. en d. l. 88. col. 7., y Bald. en la l. 9. C. *de donat. ant. nupt.*, 1. lect. col. últ. Y si un tutor gestiona como heredero? V. Bald. en la l. 5. C. *de jur. delib.*

que ouiessé derecho de heredar los bienes de otri, vsasse de la heredad, o de los bienes del muerto, non con entencion de ser heredero, mas mouiendose por piedad (72); assi como en fazer guarescer los sieruos que fueron del testador, si fuessen enfermos; o en darles a comer, o les dar otras cosas que les fuessen menester, o en guardar la heredad, e los bienes della, porque se non perdiessen, nin se menoscabassen; por tal vso como este, dezimos, que non se muestra que quiere ser heredero: pero, porque de tal vsança. como sobredicha es, non nazca ende dubda, si la fizo con entencion de ser heredero, o non; este atal deue dezir (73), e afrontar manifiestamente ante algunos omes, como lo faze por piedad, e non con voluntad de ser heredero.

LEY 12. *Como el fijo se otorga por heredero del padre, por algunas cosas que faze, maguer non lo diga por palabra.*

Si el fijo de algund ome que fuesse finado, non quisiesse recebir (74) la heredad de su padre, entendiendo que era mucho cargada de debdas; e maliciosamente (75) comprasse los bienes (76) del padre, faziendo esta compra (77) fazer a otri

(72) Concuerda con la l. 2. prin. y §. 1. D. *de adquir. hæred.*

(73) ¿Faltando la protesta se presumirá la adicion? Discordaron en este punto las Glos. en d. l. 20.: la mayoria de los DD. opinaba que debia atenderse á las circunstancias de las personas y de los casos; sobre lo que Bart. hizo un largo tratado en d. l. 88. D. *de adquir. hæred.*, donde puede verse así como á Imol.: parece conformarse con esta opinion nuestra ley, cuando dice; *porque de tal usanza non nazca ende dubda*; cuyo sentido parece ser, que será útil protestar, á fin de que no se dude que el heredero obró por causa de piedad y no con intencion de adir.

(74) Con estas palabras parece aprobar nuestra ley la interpretacion que la Glos. y Dyn. dan á la l. 91. D. *de adquir. hæred.*, entendiéndola únicamente del caso que el hijo hubiese comprado los bienes paternos, antes de haberse abstenido de la herencia, interpretacion que parece muy fundada; en efecto, si despues de haberse abstenido el hijo, no se entiende admitir aunque cometiere hurto de los bienes paternos, segun la l. 71. §. últ. D. d. tít.; con mayor motivo se desechará esta presuncion si los compra en vez de hurtarlos, aunque proceda con mala fé: Dyn. tomaba la palabra *abstinuit* de la cit. l. 91. como equivalente de *abstinere potuit*. Empero la mayoria de los DD. en la cit. l. 91. y en la l. 2. C. *de repud. hæred.*, entendian la primera literalmente, aplicando su disposicion al hijo que se habia abstenido de la herencia paterna; y así opinaba la Glos. en d. l. 2., fundada en que si el hijo compra las cosas hereditarias despues de haberse abstenido, debe entenderse que obró simuladamente al efecto de perjudicar á los acreedores paternos: á la cit. l. 71. §. últ. contestaban que en el caso de la misma no consta haber repudiado el hijo con mala fé; de lo que infiere Alex. en d. l. 2. al fin. que, si en el caso de la cit. l. 71. los bienes hurtados por el hijo eran los mejores de la herencia, se presumirá que el hijo ha venido contra su primer hecho de la repudiacion, ó lo que es igual, que esta fué simulada. Los DD. señalan tres casos en que la mala fé se presume: 1°. si despues de haberse abstenido el hijo, se encuentra que posee todos los bienes, d. l. 91. y l. 17. §. 1. D. *quæ in fraud credit.*: 2°. cuando comprare algo por interpuesta persona, d. l. 91.: 3°. si incontinenti despues de haberse abstenido, se halla poseer; así opinan Cyn., Alber. y Jacob. de Aren. en d. l. 2., y allí Ang. añade otro caso, á saber, si el hijo, si bien no compró todos los bienes, procuró adquirir los mejores, arg. l. 21. princ. D. *de pecul.*, y lo prueba mejor segun Alex. lo anotado por la Glos. y Bart. en la l. 34. §. 1. D. *de legat.* 3.: sobre otros casos en que la mala fé se presume, véase Bald. lug. cit. Sea de esto lo que fuere, nuestra l. de Part., la que se ha tomado de la cit. l. 91., parece aprobar la interpretacion que á ella daba la Glos.; sin embargo, si mediasen congeturas que arguyesen que el hijo se abstuvo simuladamente de la herencia paterna, podria tambien nuestra ley aplicarse: el juez deberá decidir acerca del valor de esas conjeturas, atendiendo á las que indican los DD. en los lug. cit. Si bien que no será bastante cualquiera de ellas, como manifestaré mas abajo en esta ley.

(75) Otra cosa será, pues, si procedió con buena fé, l. 2. C. *de repud. hæred.*: presúmese el fraude, como se indica mas abajo, si la compra se hizo por interpuesta persona.

(76) Lo mismo tendrémos si compró los mejores ó la mayor parte, como dije en la glos. 71.

(77) Serán pues indispensables dos circunstancias, segun esta l., á saber, que la compra sea de todos los bienes, y que se efectue por interpuesta persona: lo mismo parece exigir la cit. l. 91., de la que esta de Part. se ha tomado. Empero, Jac. de Aren., Cyn., Alber., Bart., y la mayoria de los DD. en d. l. 2. C. *de repud. hæred.* y en la cit. l. 91., opinaban que era bastante cualquiera de las dos: la compra de todos los bienes, segun la l. 17. §. 1. D. *quæ in fraud. credit.*: el comprar por interpuesta persona, segun la l. 5. §. 3. D. *de auctor. et consens. tut.* y la cit. l. 91. Empero esta l. de Part. y tambien la cit. l. 91.

para si; o si traspusiesse, o furtasse (78) algunas cosas de la heredad, o de los bienes della; dezimos, que por razon de aquello que encubrio, o furtó, se entendio que rescibio la heredad de su padre, e que es obligado por ella; de manera, que non la puede despues desechar (79), si alguna cosa destas le fuere prouada. E esto ha logar en el fijo (80), o en los otros herederos que descendiessen por liña derecha del finado, e en que eran en su poder (81) a la sazon que fino; mas en los otros herederos, que son dichos estraños (82), que non descienden por la liña derecha, non seria assi. Ca maguer alguno esto fiziesse, non seria obligado porende, a rescebir la heredad; como quier que les seria demandado, que tornen a la herencia lo que tomaron della, assi como en manera de furto.

LEY 13. *Quales omes, que son establescidos por herederos, pueden tomar, e ganar la herencia por si; e quales por otorgamiento de otri.*

Puede ganar (83), e entrar la herencia, quel pertenesce por testamento, o de otra manera derecha, todo ome que non es sieruo, e que non es en poder de padre, e que non es desmemoriado, e que es mayor de veinte y cinco años (84), e que sabe que aquel cuya heredad quiere entrar, que es muerto. Ca maguer el sieruo puede ser establescido por heredero, non puede el (85) para si ganar, nin auer la heredad, mas para su señor, e con otorgamiento (86) del. E esso mismo dezi-

quieren lo contrario: no obsta d. l. 17. ni la l. 7. tít. últ. P. 5., pues que hablan del que se hallaba ya obligado respecto de los acreedores, mientras que esta l. de Part. trata del hijo qué aun no ha adido, y en la cit. l. 91. (segun la interpretacion mas comun) del que se abstuvo de la herencia paterna: además el §. 1. de la cit. l. 17. supone que los bienes se compraron á un precio ínfimo, como dije ya en la cit. l. 7.: tampoco obsta el §. 3. de la cit. l. 5., porque media la circunstancia de hallarse prohibida la compra clandestina de las cosas del pupilo; prohibicion que no pesa en el hijo, cuando quiere comprar algunos de los bienes paternos, mientras que se haya abstenido de la herencia ó no quiera admitirla: la prohibicion recae aquí sobre la totalidad, mas no respecto de una parte, la que puede el hijo comprar por interpuesta persona; y es por esta causa que esta l. de Part. y la cit. l. 91. espresan las dos circunstancias copulativamente. Sin embargo, si con alguna de ellas concurriesen congeturas, que arguyerań el fraude, dejaria en semejante caso la decision al arbitrio del juez, pues que el dolo se prueba por indicios vehementes, l. 6. C. *de dol.*; pudiendo decirse que nuestra ley espresa las indicadas circunstancias por via de ejemplo, esto es, como uno de los casos en que el fraude se presume.

(78) Concuerda con la l. 71. §. últ. D. *de acquir. hæred.*: esto acaba de probar que la ley se refiere al caso que el hijo se hubiese abstenido de la herencia paterna.

(79) Nótese esto como escepcion de la l. últ. de este tít. y de la l. últ. C. *de repud. hæred.* y añád. la l. 3. C. d. tít. y allí Jas. col. 1.: nuestra l. es aquí mas esplícita que la romana, en cuanto versa sobre un acto de inmixtion que se entiende tal por presuncion de la ley misma, y sin embargo no permite al hijo retroceder.

(80) Como el derecho que los hijos tienen de abstenerse de la herencia paterna, se les ha concedido á manera de beneficio especial contra el rigor del derecho, Instit. §. 2. *de hæred. qualit. et different.*, piérdenlo con mas facilidad, que los herederos estraños la facultad de repudiar, atendido que ella es de derecho comun, l. 34. §. 1. D. *de testam. milit.*: esta es la razon que da la Glos. en la l. 21. princ. D. *de acquir. hæred.*

(81) Sobre los efectos de la *suidad*, que quedan aun subsistentes, véase lo que dije en la l. 22. tít. 3. de esta Part.

(82) Concuerda con la l. 21. princ. D. *de acquir hæred.*

(83) Está tomada esta l. de lo que dice As. en la Suma C. *de jur. delib.* col. 4. vers. *potest hæreditatem adire.*

(84) Dice esto porque los menores no pueden adir, fuera del caso que mas abajo se espresa.— * Adviértase que la muger casada no puede repudiar herencia alguna sin la autorizacion de su marido; podrá si aceptarla, pero con beneficio de inventario, l. 10. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec. Adviértase además, que el casado tiene la administracion de sus bienes así que haya entrado en los diez y ocho años; de consiguiente quedará autorizado para aceptar y repudiar la herencia que se le defiera.

(85) Concuerda con el §. 3. Instit. *per quas pers. cuiq. acquir.* y con las l. 79. y 25. princ. y §. 1. D. *de acquir hæred.*

(86) Esta palabra en nuestro idioma vulgar equivale á *licentia*, l. 33. tít. 4. Part. 1.; y *licencia* parece ser lo mismo que mandato ó precepto, segun Bart. en la l. 25. §. 4. *de acquir. hæred.*, donde añade que requiriéndose la licencia para algun acto, será preciso que preceda, lo mismo que el mandato: hace al caso el cap. *licet, de regul.*, añád. Juan Andr. en el cap. *cum in veteri,*

mos, del fijo que es en poder de su padre; ca si aquel que lo establescio por su heredero, lo faze con intencion que gane la heredad para su padre (87), estonce non puede el fijo (88) ganar la heredad para si, mas para el padre, e con su otorgamiento (89). E tal heredad como esta es llamada en latin, Profectitia. Pero si tal fijo como este sobredicho touiesse herencia de parte de su madre (90), o de otro alguno, que le establesciesse por su heredero, con intencion (91) quel fijo aya la heredad, e non el padre; estonce bien puede el fijo (92) ganar la heredad, e auerla sin otorgamiento de su padre; e aun si el fijo non fuesse en el logar (93), puede el padre entrar la heredad en nome de su fijo; e tal heredad como esta dizen en latin Aduentitia; de la qual es el señorio del fijo, e el usufruto del padre mientra biuiere, por razon del poderío que ha sobre el. E tal heredad como esta non puede el padre (94) fazer, que la non aya el fijo; e otrosi el fijo non puede contrastar al padre (95), que non aya el vsofruto della. Mas si el heredero fuesse desmemoriado (96)

de electi, el cual dice no importar que entre la licencia y la celebracion del acto medíe algun intervalo. Lo que se previene en esta l. de Part. y en la cit. l. 25. acerca de la adicion de la herencia hecha por el esclavo, entiéndase tambien de la repudiacion, Bart. en las ll. 6. princ. y 13. §. últ. D. *de acquir hæred.*, y esta es la opinion general segun Alex. en d. l. 25. §. 4., si bien Salic. sostuvo lo contrario en la l. últ. princ. C. *de bonis quæ liber.*; hace al caso la ley 58. D. *solut. matrim.* Se entenderá preceder el mandato del dueño, si este y el esclavo juntamente admiten ó repudian la herencia, l. 13. §. últ. D. *de acquir. hæred.* Ang. en d. l. 25. §. 4. y pruébalo esta l. de Part.: acerca la razon porque es preciso que preceda el mandato, no bastando la ratificacion, v. Bart. en la l. 6. princ. D. *de acquir. hæred.*

(87) Añád. l. 45. D. *de acquir. hæred.*, l. 10. §. 6. *de vulg. et pupill.* y la Glos. en la l. 6. princ. C. *de bon. quæ liber.*, y véase allí Bald. col. 2, acerca de los casos en que se dirá instituido el hijo por consideracion al padre; véase además la l. 42. D. *de condit. et demons.*

(88) Apruébase pues aquí la opinion de la Glos. y de la mayoría de los DD., á saber, que en punto á la herencia profecticia queda intacto el derecho antiguo, Glos. en la l. 1. C. *qui admitt.* y en la l. últ. D. *quis ord. in bonor. possess. serv.*, Bart. y DD. en la l. 13. §. últ. D. *de adquir. hæred.*, y Paul. de Castr. é Imol. en la l. 25. §. 4. d. tít.: empero, el propio Bart. sienta lo contrario en la l. últ. §. 2. C. *de bonis quæ liber.*, y síguele allí Paul. de Castr. en el princ. col. 1.; sin embargo el mismo en la cit. l. 13. §. últ. y en d. l. 25. §. 4. adoptó la opinion general. De ahí es que decia Bald. en d. l. 8. princ. col. 3., *si mi hijo es instituido por consideracion á mi persona, y no quiere adir, no podré usar del beneficio de esta ley*, es decir, *que no podré admitir la herencia por mi propia autoridad*: empero añade que si el hijo estuviese ausente, ó de otra suerte no pudiese de hecho ser precisado á adir, por ej., si fuese demente ó loco, deberémos aplicar por equidad al padre la disposicion de d. l., arg. l. 36. §. últ. D. *de fideicom libert.*

(89) Añád. ll. 6. y 25. §. 4. D. *de acquir. hæred.*

(90) O de sus abuelos ó bisabuelos maternos, l. 1 y 2. C. *de bon. mat.* y l. 1. C. *de bon. quæ lib.*: lo mismo parece será si proviene de algun colateral de la misma línea materna, l. 10. §. 6. D. *de vulg. et pupill.* y allí Bart. y DD. y añád. auth. *Item hæreditas* C. *de bon. quæ lib.*

(91) Es decir, cuando no se le instituyó por consideracion al padre, sino por afecto á él mismo, ó á su madre.

(92) Concuerda con la l. últ. C. *de bon. quæ lib.*: así pues, hállase modificada la l. 6. princ. D. *de acquir. hæred.*, en cuanto habla de la herencia deferida al hijo en virtud del senado-consulto Orficiano: así opinan Dyn.; Castr. y la Glos. en d. l. últ. Téngase presente lo que acerca la edad del hijo se dispone en d. l. últ.

(93) Entiéndase de la ausencia dilatada, l. últ. §. 3. C. *de bon. quæ lib.*: el ausente se equipara al que se halla en la infancia, de consiguiente, así como el padre ade la herencia deferida á este, d. l. últ. §. 6. y l. 18. C. *de jur. delib.*, adirá tambien la que se defiera al hijo ausente, si no se espera su pronto regreso.

(94) ¿Qué dirémos si el padre es instituido? ¿Podrá en tal caso escluir de la herencia al hijo, repudiándola ó resistiéndose á adirla, ó bien en tal caso podrá el hijo admitirla, así como se concede al padre cuando el hijo repudia, en el supuesto de esta l. y de la cit. l. últ.? V. Jason en la l. 3. C. *de hæred. instit.* col. 8.

(95) V. d. l. 8. princ. y §. 1, C. *de bon. quæ liber.* y l. 29. §. últ. D. *de acquir. hæred.*, y atiéndanse estas palabras *que non aya el usofructo*. Añádase que si el hijo no quiere adir la herencia adventicia, puede hacerlo el padre adquiriéndola para sí del todo, d. l. últ. princ. y §. 1. ¿Qué dirémos de la queja de inoficioso que competa al hijo? ¿Si el hijo no quiere hacer uso de ella, podrá el padre intentarla? Paul. de Castr. en la l. 8. princ. D. *de inoff. testam.* deja este punto en duda, atendido que dicha queja es odiosa: parécenos que la cit. l. decide esta cuestion, disponiendo que contra la voluntad del hijo, no

o loco, o menor de siete años (97), non podria ganar por si mismo la heredad quel pertenesciesse, nin auerla; pero aquellos que lo ouiessen en guardar (98), la pueden entrar en nome del, si entendieren que le es prouechosa. E si el menor de siete años, que es establescido por heredero de otri, fuesse en poder de su padre (99) bien puede el padre (100) entrar la heredad en nome del fijo. E si por auentura muriesse el moço ante que fuesse de edad de siete años, ante quel padre la entrasse; estonce puede aun el padre entrar, e tomar la heredad que era dexada al fijo (101) e auerla para si. E esto es por razon del fijo, que la auia ya como ganada. E otrosi dezimos, que ningund moço que fuere menor de catorze años, que estouiesse en poder, o en guarda de otro, non puede ganar, nin tomar la herencia, en que le establesciessen por heredero, a menos de otorgamiento de su padre (102), o de aquel que lo ouiesse en guarda (103). E si por ventura non estouiesse en poder de ninguno, non la puede otrosi ganar sin otorgamiento del Juez del lugar (104). E si el que fuesse establescido, es menor de veynte e cinco años, e mayor de catorze años,

se intente por el padre el citado recurso; cuya ley parece quedar subsistente aun respecto de la herencia adventicia, pues que no se halla derogada por lo que mira á la queja de inoficioso: fundado en ella decia allí Ang. que el monasterio no podia intentar dicha queja sin el consentimiento del religioso desheredado; y dice tambien respecto de otra cuestion, que la cit. l. final, correctoria del derecho antiguo, no debe ampliarse á los casos semejantes. Bald. en la l. 2. C. *ad Tertull.* admite otra escepcion de la cit. l. últ., á saber, cuando al hijo se le hubiese dado coheredero; este, dice, en virtud del derecho de acrecer será preferido al padre, el cual es llamado en virtud de la disposicion especial de la cit. l. últ., porque es mas poderoso el derecho comun, que el privilegio: empero impugna esta decision Imol. en la l. 40. D. *de hæred. instit.* y aduce la decision de la Glos. en la cit. l. últ. princ. sobre la palabra *recusante*, cuya glos. dá la preferencia al padre sobre el sustituto; véase allí Imol. el cual contesta á la cit. l. 2. §. 11. D. *ad Tertull.*, en la que Bald. se funda.

(96) Añád. l. 47. D. *de acquir. hæred.* y la Glos. en las ll. 18. y 5. D. d. tít.: adirá pues la herencia su curador, l. últ. §. 7. C. *curat. furios.*, y véase el §. 3. de d. l., de donde resulta que esto debe entenderse de la *bonorumpossessio*; así que, impropiamente la Glos. allí y en la l. 9. D. *de acquir. hæred.* dijo *adit*, como lo advierten Ang., Imol., y Alex. en d. l. 9., donde el último añade que en este caso será aun necesaria la *bonorum possessio*; y que si el loco muere en la locura se tendrá por no aceptada: véase el §. 7. de d. l. últ., por ser muy notable. Empero si el loco fuese hijo de familias, su padre podrá adir por él la herencia y adquirírsela enteramente, cual el tutor del que se halla en la infancia, segun Bart., al cual siguen Ang. y Alex., en la l. 18. C. *de jur. delib.* en la glosa sobre la palabra *quærita:* añád. Bart. en la l. 3. al fin C. *qui admitt. ad. bon. possess. poss.*, y nótese en limitacion de lo que dicen los citados DD., la disposicion de d. l. últ. §. 7.

(97) Añád. l. 9. D. *de acquir. hæred.* y l. 18. C. *de jur. delib.*

(98) Añád. d. l. 18.: empero, ¿podrá este adir autorizado por su tutor? La opinion general está por la afirmativa si el pupilo sabe hablar, Glos. Bart. y Alex. en d. l. 9. D. *de acquir. hæred.*, y no obsta esta l. de Part. cuando dice, *no podria ganar por si mismo*, pues debe entenderse del pupilo solo y no del que se halla autorizado por su tutor. Respecto del que muere en la infancia, careciendo de padre y de tutor, véase la cit. l. 18. y allí Bald. col. 4., donde trata de si transmitirá la herencia en fuerza de la *suidad*, ó en virtud del beneficio de la restitucion; véase tambien al mismo Bald. en la col. 5. y en la l. únic. §. 5. C. *de caduc. toll.*: por lo que mira á sí la trasmitirá en fuerza de la l. únic. C. *de his quæ ant. apert. tab.*, véase Bart. en d. l.

(99) Lo mismo tendrémos si es emancipado, l. 18. §. 3. vers. *ea veró*, C. *de jur. delib.*

(100) Añád. d. l. 18.; entiéndase lo mismo del abuelo ú otro ascendiente por línea paterna, como en d. l. se espresa.

(101) Al parecer precisa esta l. al padre á que admita la herencia deferida á su hijo constituido en la infancia, y que no fué adida durante la vida del mismo: sin embargo, puede el padre adir la herencia del hijo, prescindiendo de la que á este se habia deferido, la que jamás fué adida, como lo entienden Ang., Castr. y Alex. en d. l. 18., y véase allí al mismo Alex. 4. notab. Empero, si el padre no adiese ni la herencia del hijo, no la transmitirá falleciendo despues del año concedido para deliberar; Bald. en la l. 19. col. 3. vers. 7. *quæritur*. C. *de jur. delib.*

(102) Concuerda con la l. últ. §§. 1. y 3. C. *de bon. quæ liber.* y con la l. 13. §. últ. D. *de acquir. hæred.*

(103) Añád. l. 9. D. *de acquir. hæred.* y l. 5. C. *de jur. delib.*

(104) Concuerda con la l. 7. C. *qui admitt.* y con la l. 18. al fin C. de *de jur. delib.*: apruébase aquí aquella opinion, á saber que tambien en cuanto á la adicion de la herencia la autoridad del juez suple la falta de tutor; así pensaba Az. en la Sum. C. *de jur. delib.* col. penúlt., pero sin hacer mérito de las leyes citadas; así tambien opi-

e non esta en guarda, nin en poder de otro, estonce, bien puede por si (105) entrar la heredad, e auerla; mas si por auentura, despues que la ouiesse entrada, entendiesse que non era su pro de la tener, bien se puede arrepentir, e desampararla. E esto puede fazer por derecho de restitucion (106), porque non era de edad cumplida de veynte e cinco años, quando la rescibio.

LEY 14. *Como deue ser cierto el heredero de la muerte de aquel quel establescio, ante que entre la herencia; otrosi, si es atal ome que gela podria dexar.*

Cierto deue ser el que es establescido por heredero, o ha derecho de heredar los bienes de otri por parentesco, de la muerte (107) de aquel a quien quiere heredar. Ca, de mientra que (c) dubdare (108) si es biuo, o muerto, non puede entrar, nin ganar la heredad del; nin la puede renunciar, maguer quiera. E otrosi, el que fuesse establescido por heredero so alguna condicion, non puede entrar la heredad, nin desampararla (109), fasta que la condicion sea complida (110). E aun dezimos, que todo ome que establescieren por heredero, deue ser cierto de la persona de aquel que lo establesce, si es ome que pueda fazer testamento, o non (111). Ca, si tal ome fuere, a quien defiendan las leyes deste libro, que non pueda fazer testamento, non puede el heredero entrar la herencia de tal ome. E como quier que la entre, non gana derecho ninguno en ella.

(c) dubdase si es Acad.

naban Bart. en la l. 3. C. *de in integr. restit. minor.*, Bald. y Salic. en la l. 5. C. *de jur. delib.* y la Glos. en el §. 1. Instit. *de auctor tut.*; si bien sostenian lo contrario Paul. de Castr. en d. l. y Ang. en la l. últ. C. *unde legat.* y en la l. 37. §. últ. D. *ad Trebell.* Nótese que si el padre rehusase adir la herencia adventicia deferida al hijo constituido en la infancia y que tiene bajo su poder, podrá este admitir dicha herencia, sin necesitar de tutor, ni de la autoridad del juez, l. últ. §. 1. C. *de bon. quæ liber.*, Alex. en d. l. 7. limit. 1. y esta es la opinion general, segun Déc. en d. l., si bien Jas. opina lo contrario.

(105) Añád. ll. 11. 12 y 57 D. *de acquir. hæred.* y l. 12. C. *de jur. delib.*

(106) Añád. d. l. 57. D. *de acquir. hæred.* y l. 1. C. *si minor ab hæred. se abst.* ¿Se concederá la restitucion al menor que la pide sin probar que la herencia le es gravosa? Trata esta cuestion Juan Andr. en las adic. al Specul. tít. *de restit. in integr.* §. *quis autem* 2. adic. y refiere opiniones opuestas: cita Guill. de Cugn. el cual en d. l. 1. dice que indistintamente deberá concederse la restitucion al menor, fundándose en la l. 32. D. *mandati* y en la l. 4. D. *ad Trebell.*: cita tambien la opinion contraria de Cyn. y Jacob. de Aren., y despues de haberse hecho cargo de algunas de las razones en que se apoyan, parece que no se atreve á dar su parecer, si bien contesta á algunos de los argumentos de Cyn. y Jacob. de Aren. La primera opinion se halla sostenida por Bald. y Jacob. Butric. en d. l. 1. y por Salic. en la auth. *si omnes* C. del mismo tít., arg. l. 21. D. *de auctor. tutor.* Empero Juan de Imol. en d. l. 57., siguiendo al parecer de Cyn. y Aren., dice no bastar que el menor pruebe que hay acreedores de la herencia, porque de aquí no se sigue que ella sea gravosa: sin embargo, añade, si el menor prueba que hay algunas deudas que se suman, por ej. la cantidad de mil, y alega que el valor de la herencia no pasa de ciento, conseguirá la restitucion, á no ser que se probare lo contrario, arg. l. 17. D. *de probat.* junto con la Glos.: adiérese á esta opinion Alex. en d. l. 57. Nuestra l. de Part. parece adoptar la primera: en efecto, con aquellas palabras, *mas si despues que la ouiesse entrada, entendiesse que no era su por de la tener* etc., manifiesta que en este punto no hay mas que atenerse al mero dicho del menor.

(107) Concuerda con las ll. 19., 27., 32. y 33. D. *de acquir. hæred.* Nótese que ni á los albaceas les corre el tiempo hasta que estén seguros de la muerte del testador, v. Bald. en el cap. 1. §. 1. col. últ. *quo tempore miles.* Al momento que la opinion comun crea muerto el testador, se entenderá sabedor de ello el heredero, l. 30. §. 1. D. d. tít. y Alex. y Roman. en d. l. 19.

(108) Añád. l. 13. §. 1. D. *de acquir. hæred.*: de de consiguiente, nadie puede renunciar á un derecho que duda si le compete, segun Alber. en d. l. — * A ser cierto este principio absoluto tendriamos nulas todas las transacciones; á no ser que lo concretáramos á la renuncia hecha sin compensacion ó retribucion alguna.

(109) A no ser que la repudiase en juicio, por ej., á instancia de los acreedores, l. 70. D. *de acquir. hæred.*

(110) Concuerda con la l. 13. 1. respon. D. *de acquir. hæred.*

(111) Añád. l. 32. §. 2. D. d. tít. — * Por igualdad de razon deberá estar seguro de que el testamento es válido; ó bien de que se ha anulado ó rescindido, si se trata de la sucesion abintestato, l. 46. D. d. tít.: y en general, es nula la adicion ó repudiacion siempre que el heredero dude ó deba razonablemente dudar que se le haya deferido la herencia.

Mas si el heredero dubdasse de la condicion de si mismo (112), si por si, segund derecho, podria ganar la heredad, o non, tal dubda non le empesce. E esto seria, como si dubdasse, si era salido de poder de su padre, o non; o si era sieruo, o forro. Ca, maguer dubdasse en alguna de estas cosas, o en otra semejante dellas, non se le embarga porende, que non pueda entrar, e ganar la heredad: pues que cierto es, que el testamento vale, e quelo fizo aquel que auia poder de lo fazer.

LEY 15. *Como el heredero deue rescebir la herencia, llanamente, sin condicion, e por si mismo, e non por otra persona.*

Seyendo algun ome establescido por heredero en parte cierta maguer el non sepa quanta es, bien puede entrar la herencia (113) solamente que la entre con condicion (114) de la auer, quanta quier que sea. E esto deue fazer puramente, sin ninguna condicion (115) ca si condicion alguna y pusiesse, como si dixesse: Quiero entrar en la herencia de fulano, que me establescio por heredero, so tal condicion, que si yo fallare que es atal que me puedo aprovechar (116) della, sere heredero; o si dixesse: So heredero della, fasta tal tiempo (117) o otra condicion qualquier, que el pusiesse, semejante destas, quando la entrasse, non valdria, nin ganaria porende la heredad. Otrosi dezimos, que el heredero non puede ganar la herencia por Procurador (118), fueras ende, si fuesse Rey (119) o Concejo (120); ante ha menester, que el por si mismo venga dezir, e otorgar, si la quisiere recebir, o non. Mas despues que ouiere el otorgado que quiere ser heredero, bien podria entrar,

(112) Añád. ll. 34., 96. y 15. §. últ. D. d. tít.

(113) Concuerda con las ll. 71. y 21. §. 3. d. tít. y la Glos. en la primera.

(114) Es decir con el propósito de recibir la parte en que se hallare instituido, v. l. 7. D. *de testam. milit.* y la Glos. en dd. ll. 75. y 21. §. 3, cuyo parecer es el general. ¿Qué dirémos si no constase semejante propósito? En caso de duda, se presumirá haber querido tambien aceptar la parte restante de la herencia, si se le ha deferido, y en el supuesto que esta parte no deba serle gravosa: ignorándose si es ó no gravosa, se entenderá que la intencion del heredero fué adir el todo, toda vez, que aceptó la parte, arg. d. l. 75. y allí Bald.: empero, de diferente manera opinaban la Glos., Bart. y Juan de Imol. en d. l. No importa, en el supuesto de nuestra ley que el heredero yerre ó dude acerca de la parte, mientras exista el indicado propósito, Glos. y la mayoría de los DD. en d. l. 21. §. 3. Se presumirá ese propósito si el heredero dice que ade del mejor modo y forma que adir pueda, Dec. consil. 14., el cual cit. cierto consil. de Anchar.

(115) Pues que los actos legítimos no admiten condicion ni término, l. 77. D. *de regul. jur.* y cap. *actus*, d. tít. lib. 6.

(116) Háse tomado esto de la l. 51. §. últ. D. *de acquir. hæred.* Si el heredero diere poderes para adir la herencia bajo semejante condicion, no la adquirirá, aunque el procurador la admita simplemente, segun Bald. en la rubr. C. *qui admit.* col. 4.: no obstante podrian darse poderes con semejante condicion al efecto de pedir la *bonorum possessio*, Bald. lug. cit. y Juan de Imol. en la l. 90. D. *de acquir. hæred.*

(117) Es nula pues la adicion hecha para cierto tiempo, l. 77. D. *de regul. jur.*

(118) Concuerda con la l. 90. D. *de acquir. hæred.* Entiéndase, así del procurador general como del especial. —* Esta ley de Part. se ha conformado con los principios del derecho romano sobre los actos legítimos, entre los cuales se contaba la adicion de la herencia; pero la práctica los desconoce, dando por válida la adicion hecha por medio de procurador: en efecto, adicion verdadera es el acto de presentarse el heredero á los tribunales, diciendo ser tal y pidiendo la posesion de los bienes hereditarios, mayormente cuando no hubiese precedido otra manifestacion; y sin embargo aquella declaracion y la demanda consiguiente, se verifican de ordinario por el ministerio de un procurador.

(119) Añád. l. 1. §. últ. D. *de offic. procurat. Cæsar.*

(120) Nótese esta disposicion, pues que no recuerdo haberla hallado en el derecho romano. Guarda analogía con esto lo que dicen Bart. y Ang. en la cit. l. 90. á saber que si fuesen menester algunas diligencias ó formalidades para la adicion, como sucede cuando el heredero es un monge, el cual no puede adir sin que preceda al mandato de su prelado; ó un pupilo ó un hijo de familias quienes no pueden adir sin la autorizacion del tutor el primero, y de su padre el segundo, puede entónces nombrarse procurador: estiende lo dicho Bald. en la l. 1. C. *qui admitt.* 30. *oppos.* á la iglesia, y á la muger, la que no puede admitir la herencia sin el consentimiento de los parientes. Será pues lícito constituir procurador, siempre que el acto requiera la intervencion de un tercero. No obstante parece no habria inconveniente en que las municipalidades, y colegios adan herencias y contraten por sí mismas, sin necesidad de nombrar síndico con es-

e tomar la possession della (121) por personero.

LEY 16. *Como, quando algund ome muere sin testamento, e dexa su muger que es preñada, non deuen los parientes del finado tomar la herencia, fasta que sean ciertos, si es assi, o non.*

Sin testamento (122) muriendo algund ome, dexando su muger preñada, o cuydando que lo era (123), dezimos, que nin hermano, nin otro pariente del muerto, non deue entrar (124) la heredad del finado; ante deue esperar, fasta que la muger encaesca (125). E estonce, si el fijo, o la fija nasciere biuo (126), el aura la heredad, e los bienes del padre. Pero si sopiere cierto (127), que la muger non finca preñada, estonce puede el mas propinco pariente entrar la heredad del muerto, como heredero del; parandose a pagar las debdas, e fazer las otras cosas, que era tenudo de dar, e de pagar el señor, cuyos fueron los bienes. E esto deue fazer con otorgamiento (128) del Juez del logar.

LEY 17 *Que guarda deuen poner los prientes del finado, quando su muger dize que es preñada del.*

Mugeres y a algunas, que despues que sus maridos son muertos, dizen que son preñadas dellos: e porque en los grandes heredamientos que fincan despues de muerte de los omes ricos, podria acaescer, que se trabajarian las mugeres de facer engaño en los partos, mostrando fijos agenos, diziendo que eran suyos; porende mostraron los Sabios antiguos manera cierta, por que se puedan los omes guardar desto. E dixeron, que cuando la muger dixesse que fincaua preñada de su marido, que lo deue fazer saber (129) a los parientes mas propincos (130) del diziendoles, de como era preñada de su marido. E esto deue fazer dos vezes en cada mes, desde el tiempo que su marido fuesse muerto, fasta que ellos embien catar, si es preñada, o non. E si por auentura los parientes dubdaren en esto, deuen embiar cinco buenas mugeres, que sean libres, que le caten el vientre de manera que non la tangan contra

los objetos, Paul de Castr. y Bart. en la l. 1. §. 13. D. *ad Trebell.*

(121) Podria tambien por medio de procurador pedir y aceptar la *bonorum possessio*, l. 3. §. 7. D. *de bonor. possess.* y la Glos. DD. en d. l. 90. D. *de acquir. hœred.*

(122) Lo mismo tendrémos si existe testamento en que el póstumo sea preterido ó desheredado, cuya desheredacion equivale á la preterición, pues que no cabe en él la causa de ingratitud, l. 33. §. 1. C. *de inoff. testam.*, l. 8. §. 2. D. *de bonor. possess. contr. tab.*, Glos. en la l. 14. D. *de lib. et posthum.* En efecto, como el nacimiento del póstumo invalidaría el testamento, l. 20. tít. 1. de esta Part., es claro que interin se aguarda su nacimiento, será un obstáculo para que la herencia se defiera al heredero instituido, l. 30. §. 1. D. *de acquir. hœred.* Empero, si el póstumo se hallase instituido junto con otro hijo del testador, entónces este podrá adir en cuanto á la mitad ó cuarta parte, Glos., Imol. y Paul de Castr. en d. l. 30. §. 1.: si se le hubiere instituido junto con un estraño, este podrá adir respecto de la quinta parte, segun las leyes del Reyno, pues que los demás bienes son legítima de los hijos.

(123) Lo mismo tendrémos si lo supiese: la ley habla aquí por via de egemplo, suponiendo que el padre no testó porqué sabia ó presumia que su muger estaba en cinta: v. la cit. l. 30. §. 1.

(124) Concuerda con la cit. l. 30. §. 1.

(125) Esta palabra en nuestro idioma antiguo equivale á *parir.*

(126) Por la l. 13. de Toro se requiere que nazca en tiempo en que naturalmente pueda vivir, que viva 24 horas y que haya sido bautizado. Dicha ley resolvió las dudas que se originaban sobre la inteligencia de las leyes romanas, de esta de Part. y de la l. 3. t. 6. lib. 3. del Fuero Real.

(127) Porqué la muger asegurase que no estaba embarazada, asegurándolo además las comadronas, v. d. l. 30. §. 1., ó bien por ser esta la opinion comun, véas. á Paul. de Castr. en d. l. 1.

(128) No requiere esta intervencion la cit. l. 30. §. 1. D. *de acquir. hœred.*, ni he visto que la indiquen los DD. en d. l. Tengase pues presente esta disposicion, la que tendria por obgeto evitar choques mas ó menos ruidosos entre el heredero y la muger del difunto, la que podria tal vez estar ya en posesion de los bienes.

(129) No se le hará cargo de la omision de esta formalidad, sino hubo mala fé de su parte, l. 2. D. *de ventr. inspic.*: tanto mas será disimulable, cuanto todas estas formalidades no se practican, á no ser que insten los parientes del difunto: además, á tenor de la costumbre del pais deberá ser vigilada la muger durante el embarazo y en el acto del parto, l. cit. y esta l. de Part. al fin.

(130) Esto es, á aquellos que son llamados inmediatamente á suceder, pero no al sustituto., l. 1. §. 14. D. *de ventr. inspic.* Análogo á esto es el que la sentencia proferida contra el poseedor de un mayorazgo perjudica á los que vienen llamados despues de dicho poseedor; véase lo que di-

su voluntad (131), e de si, puedan embiar quien la guarde, si quisieren. E la guarda desta muger deue ser desta guisa. Ca el Juez de aquel logar, do esto acaesciere, si los parientes del muerto lo demandaren, deue catar casa de alguna buena dueña, e honesta, en que more esta muger fasta que para. E ella, morando en casa desta buena dueña, quando asmare que deue parir, deuelo fazer saber a los parientes del finado, treynta dias ante que encaezca; porque ellos embien otra vez algunas buenas mugeres, e honestas, que le caten el vientre. E en aquella casa do ouiere a parir, non deue auer mas de vna entrada: e si mas touiere, deuenlas cerrar: e a la puerta de aquella casa, do esta la muger que dizen que es preñada, pueden poner los parientes del finado tres omes, e tres mugeres libres, e ayan ellos dos compañeros, e ellas dos compañeras, que la guarden. E cada que ouiere esta muger a salir de aquella casa, a otra que sea dentro en aquella morada, para entrar en baño, o por otra cosa qualquier, que sea menester; deuen catar aquellas que la guardan, toda la casa, do quier que entrare, o el logar do se quisiere bañar, de guisa, que no sea dentro otra muger que fuere preñada, o algund niño ascondido, o otra cosa alguna, en que pudiessen rescebir engaño. E cuando algund ome, o muger, quisiere entrar a ella, deuenla escodriñar (132), de manera que en su entrada otrosi non pueda ser fecho engaño. Otrosi dezimos, que sintiendo la muger en si misma tales señales por que entendiesse que era cerca el parto, deuelo aun fazer saber a los parientes otra vez, que la embien a catar, e guardar, si quisieren. E cuando fuere cuytada por razon del parto, non deue estar en aquella casa, do ella esta, ome ninguno (133); mas pueden estar y fasta diez mugeres buenas, que sean libres, e fasta seys siruientas (134), que non sea ninguna dellas preñada (135), e dos otras mugeres sabidoras (136) que sean vsadas de ayudar a la muger, cuando encaesce. E deuen arder en aquella casa cada noche tres lumbres (137), fasta que para, porque non pueda y ser fecho algund engaño ascondidamente. E quando la criatura fuere nascida, deuenla mostrar a los parientes del marido, si la quisieren ver. E seyendo guardadas estas cosas en la muger, de que fuere dubda si era preñada, o non, heredara el fijo que nasciere della, despues de la muerte de su marido, los bienes del. E si esta muger sobredicha, de que fuere dubda, si era preñada, o non, non se quisiesse dexar catar el vientre, o non quisiere que la guardassen, assi como sobre dicho es, o en otra manera que fuesse guisada, e vsada en el lugar do biue, maguer pariesse, e biuesse el fijo, non le entregarian (138) de los bienes del muerto; a menos de ser prouado, que la criatura nasciere della, en tiempo que pudiera ser fijo, o fija de su marido.

LEY 18 *Como puede el heredero desechar la herencia, que le pertenesce por testamento, o por razon de parentesco.*

Renunciar puede el heredero la heredad en dos

je en la l. 20. t. 22. P. 3.

(131) Concuerda con la l. 1. §. 10. vers. *hæc. simul* D. *de inspic. ventr.*; y el objeto es sin duda apartar todo aquello que podria promover un aborto.

(132) De aquí puede argüirse que es lícito á los resguardos de las fronteras registrar á los viageros por si llevan consigo alguna de las cosas cuya estraccion está prohibida; v. Juan de Plat. en la l. 3. C. *de curs. publ.*, donde fundado en el mismo testo dice que deben ser severamente castigados los que resisten semejante registro. De aquí puede argüirse tambien que los funcionarios públicos están facultados para registrar de noche á los transeuntes al efecto de ver si llevan armas prohibidas, v. l. 6. C. *de aquæd.* y allí Juan de Plat. y Bart., Bald. y otros en la l. 2. C. *de serv. fugit.*

(133) Nótese esta disposicion, pues que en ese punto no es tan clara la cit. l. 1. D. *de ventr. inspic.* y véase el §. 10. vers. *mittantur mulieres:* por aquí se vé que no pueden asistir mas que mugeres al parto.

(134) La cit. l. 1. §. 10. las llama *ancillas.*

(135) De consiguiente deberán ser registradas todas las mugeres que entran en la casa, al efecto de impedir que penetre muger alguna que esté embarazada, ó que lleve ocultadamente algun chiquillo, v. d. l. 1. §. 10.

(136) Habla de las comadronas; pues se requieren ciencia y esperiencia para asistir á las mugeres en el acto del parto, Exod. cap. 1. vers. 19., allí, «*non sunt hebrææ, sicut ægiptiæ mulieres; ipsæ enim obstretricandi habent scientiam.*» Esto arguye que al igual de los médicos deberán ser examinadas por los proto-médicos del Reyno, l. 1. vers. *sed obstetrices.* D. *de var. et extraord. cognit.* y l. 9. D. *ad. l. Aquil.*

(137) Porqué en la oscuridad podia fácilmente tener lugar la suposicion de parto.

(138) Tenemos pues que el hecho de la madre perjudicará al hijo en cuanto al posesorio, mas

maneras, por palabra, o por fecho; por palabra, como si dixesse ante que entrasse la heredad, que non la queria recebir (139); de fecho, como si fiziesse algun pleyto, o postura, o alguna cosa, en la heredad, o en los bienes della, non como heredero, mas como estraño, e como ome que lo quiere auer por otra razon (140); o si fiziesse alguna cosa en la heredad, por que se entendiesse, que non auia voluntad (141) de la recebir como heredero. Otrosi dezimos, que auiendo el heredero desechada la heredad, que le pertenesciesse por testamento, o por razon de parentesco, non la puede (142) despues demandar, nin auer, fueras ende, si el heredero fuesse menor de veynte e cinco años. Ca si este atal entendiere que fizo mal en renunciarla, e la quisiesse demandar, e cobrar despues, bien lo puede fazer (143), por razon que non era de edad cumplida, cuando la desecho. E otrosi dezimos, que aquel que se ouiesse vna vez otorgado por heredero de otro, non puede despues desamparar (144) la herencia. Pero quando dos omes (145) fuessen establescidos en vno por herederos, e el vno de ellos otorgasse (146) que lo queria ser, e el otro non la quisiesse (147), non auiendo sustituto (148); dezimos, que este que la entro, en su escogen-

no por lo que mira al juicio petitorio, v. l. 1. §. 10. vers. *si cui* D. *de ventr. insp.*

(139) No se entenderá repudiar la herencia el que importunado por los acreedores dice que no quiere semejantes enredos, Bald. en la l. 2. C. *qui bon. ced. poss.*: empero si el que manifiesta no querer cargar con los gravámenes hereditarios, v. l. 8. D. *de reb. cred.* y allí Salic. Entiéndese tambien repudiar el que despues de haber pasado el término para deliberar, dice que la herencia no le conviene, ó bien cree no le seria provechosa, l. 9. D. *ad Trebell.* y allí Bart. El que repudia simplemente la herencia se entiende referirse tanto á la sucesion legítima como á la testamentaria, v. Glos. en la l. 1. §. 11. D. *de succ. edic.* sobre la palabra *sucedat.*, Bald. en la l. 1. C. *quand. non pet. part.* col. 2., Paul de Castr. en la l. 3. D. *de acquir. hœred.* y l. penúlt. de este tít. la cual véase. Empero no se entenderá repudiada la herencia, por el hecho de renunciarse el cargo de comisario, segun Bald. en la l. 1. C. *de fidei-com. libert.*

(140) De ahí es que se entiende haber renunciado á la herencia si pide un crédito que tenia contra el difunto, l. 15. D. *de bon. possess. contr. tab.* y l. 5. C. *de hœred. action.* y allí Bald.: tambien se entenderá haber repudiado la que permitió por mucho tiempo que sus hermanos poseyeran la herencia paterna, y que si bien les demandó alguna cosa, fué meramente como hermanos, y además con la circunstancia de no haber intervenido en ningun acto administrativo de dicha herencia; el largo silencio que por sí solo no seria bastante, equivaldrá en el indicado caso á la renuncia tácita, segun Bart. y Ang. en la l. 95. D. *de acquir. hœred.*, y allí tambien Juan de Imol. fundado en la cit. l. 8., lo que parece debéremos admitir como limitacion de la l. 2. tít. 11. lib. 2. del Fuero Real insertada en el Ordenamiento Real, lib. 3. tít. *de las Prescrip.*; añád. l. últ. D. *pro dot.* y Bart. y Paul. de Castr. en ella.

(141) Por egemplo, si deja que se pierdan las cosas hereditarias, l. 2. C. *de inf. expos.*, y Alber. é Imol. en d. l. 95.

(142) Añád. l. 4. C. *repud. hœred.*, y allí Bart., Paul y Alex. Por lo que mira á si la renuncia hecha por la hermana á favor de uno de sus hermanos, aprovechará á este tan solo, ó tambien á los demás, véase Paul. de Catr. en la l. 1. §. 19. D. *ad Trebell.*, l. 24. D. *de acquir. hœred.* Bald. en la l. 9. C. *de suis et leg. hœred.*, y en la l. 3. C. *de collat.*, 2. cuest., Juan Andr. en las adiciones al Specul. tít. *de testam.* §. 1. adicion que empieza *Ubertus.*, Soc. consil. 91. col. 3. vol. 1. y consil. 147. y 91. vol. 3. y l. 6. C. *de jur. delib.*

(143) Añád. ll. 1. y 2. C. *si ut omiss. hœred. v. bonor. possess.* y l. últ. C. *si minor se ab hœred. abstin.*

(144) Añád. d. l. 4. C. *de repud. hœred.*: esceptúese el caso que el heredero tenga el beneficio de la restitucion l. 1. C. *si min. ab hœred. se abstin.*, l. 57. D. *de acquir. hœred.*

(145) Ya sean herederos suyos, ya estraños, y aun cuando cada uno de los dos fuese de distinta especie, segun la Glos. y la generalidad de los DD. en la l. 55. D. *de acquir. hœred.*, de la que esta de Part. se ha tomado; en efecto, en virtud del beneficio de abstenerse que compete á los suyos herederos, se encuentran igualados con los emancipados.

(146) ¿Qué dirémos si hubiese repudiado su parte, y despues su coheredero renunciase la suya? ¿podrá el primero adir toda la herencia? Así parece, atendido que la adicion y la repudiacion son cosas correlativas, l. 18. D. *de acquir. hœred.*: no tendria dificultad si fuesse un suyo heredero, pues que se halla facultado para revocar el acto con que renunció á la herencia paterna, l. últ. de este tít. y l. últ. C. *de repud. hœred.*; empero parécenos inadmisible respecto del heredero estraño, tanto atendida la l. 4. C. *de repud. hœred.*, como las palabras que se leen mas arriba en esta ley allí: *otrisi dezimos.*

(147) Es decir, despues de la adicion del coheredero: ahora si este admitiese la herencia despues de haber repudiado su compañero, entónces cargará indistintamente con el todo, l. 38.

cia (149) es, de tomar la parte del otro, e deue auer toda la heredad, o dexar la suya (150), que auia entrada.

LEY 19 *Como aquel que es establescido por heredero en testamento de otro, que era su pariente, si desechare la heredad por razon del testamento, non la puede despues cobrar por parentesco.*

Quandó alguno es puesto por heredero en testamento de otro, de quien el fuesse el mas propinco pariente, si el, sabiendo que era assi es-

de acquir. hæred. Entiéndase además que se habla del caso que el heredero repudia de derecho: si lo hiciere en fuerza de restitucion, el coheredero que admitió podrá retener su parte abandonando la otra á los acreedores, l. 61. D. d. tít. ¿Qué dirémos en el caso de fideicomiso? v. ll. antepenúlt. y penúlt. D. *ad Trebell.* y allí Bart.

(148) Pues que el sustituto es preferido al coheredero conjunto, l. 2. §. 8. *de bonor. possess. sec. tab.*, l. penúlt. D. *de inj. rupt.* auth. *hoc amplius* C. de fideicom; l. ún. §§. 3. y 4. C. *de caduc. toll.* y lo anotado en la l. 59. D. *de acquir. hæred.*; y esto tiene lugar así en la sustitucion tácita como en la espresa, Glos. y Bald. en l. últ. C. *de instit. et substit.* Empero tendria lugar la disposicion de esta ley si el sustituto repudiase, porque entónces la porcion de este acreceria al coheredero, d. l. 2. §. 8. ¿Qué dirémos si el mismo coheredero que admitió, es sustituto del coheredero que repudia? Bart. en la l. 6. C. *de impúb. et al. substit.*, quiere que en este caso no proceda la disposicion de que se trata, porque la parte del heredero que ha faltado se defiere al que admitió, en virtud de disposicion espresa del difunto, la que no pudo ignorar; á lo que es consiguiente que no pueda repudiarla, considerándose que se sujetó á su admision por el mero hecho de haber adido la parte en que fué instituido; á semejanza del sustituto pupilar el cual no puede rehusar la herencia del pupilo, si hubiese admitido la del padre, l. 59. D. *de acquir. hæred.*: lo mismo opina Aug. en d. l. 65., sin citar á Bart., queriéndo tal vez apropiarse la decision del mismo, como dice Paul. de Castr.: es del mismo parecer allí Juan de Imol., fundado en que el caso de la sustitucion pudo preverse por el heredero. Empero opina lo contrario la Glos. en la cit. l. 6. entendiendo aquellas palabras de la misma, *invitis accrescret*, bajo el supuesto que no quieran dimitir su parte, á tenor de la cit. l. 55.: en apoyo de la Glos. puede decirse que si el fundamento de la disposicion de que se trata, está como quieren los DD., en que sobreviene un caso inopinado, no puede hallarse diferencia entre la parte que acrece y la que se defiere por derecho de sustitucion, pues que tanto la acrecion como la sustitucion tienen lugar en virtud de un mismo hecho, á saber, el de no admitir el coheredero; y de otra parte la disposicion testamentaria no adquiere mas fuerza por espresarse lo que tácitamente se hubiera comprendido, l. 3. C. *de fidejuss.* y l. 3. D. *de leg.* 1. Además la sustitucion y la acrecion se fundan igualmente en la voluntad del testador, l. 61. §. 1. D. *de leg.* 2.: si bien que á esto podrá contestarse que el llamamiento del coheredero es tácito y el del coheredero-sustituto espreso, y que además, este reune los dos derechos, el de la sustitucion y el de acrecer; en fuerza de lo cual si repudia su parte, puede no obstante adir en virtud de la sustitucion la de su coheredero, y en consecuencia adquiere por derecho de acrecer su misma porcion que habia repudiado, l. 76. D. *de acquir. hæred.*, mientras que el simple coheredero quedará perpetuamente escluido si renuncia la parte en que se le instituyó. Defiende tambien con algunas razones la opinion de la Glos. Aret. en d. l. 55.; y á los argumentos que aducen los DD. que siguen el parecer de Bart. contesta Déc. en la cit. l. 6. Es en verdad de difícil solucion este punto; sin embargo me inclino á la opinion de la Glos., dado que, haciéndose la sustitucion entre herederos en beneficio de los mismos á quienes se sustituye, no debe redundar en perjuicio de ellos, l. 6. C. *de legib.*; ahora bien, en perjuicio de los mismos fuera, si precisamente debiesen afectar la parte del que repudiára. Esta opinion parece la mas equitativa; si bien aquellas palabras, *non auiendo sustituto*, que se leen en esta l. de Part. podrian aducirse á favor del parecer de Bart. y Ang., sobrentendiéndo, *aunque fuese sustituido el mismo coheredero*; pero no parece ser este el sentido genuino de la ley: además, la l. 8. tít. 5. de esta Part. viene en apoyo de la opinion de la Glos. como llevo allí manifestado, sobre las palabras *o los desampare todos.* Sin embargo, la de Bart. es mas general, y tiene á favor suyo la cit. l. 6.; así es que no podremos separarnos de esta opinion en la práctica.

(149) Entiéndase esto bajo el supuesto que existieran acreedores que pudiesen reconvenir é incomodar al heredero: en efecto, el objeto de la ley parece haber sido el abrir un camino por donde el heredero que admitió su parte, pudiese alcanzar completo sosiego, como se deduce de la cit. l. 55. D. *de acquir hæred.* de la que esta de Part. se ha tomado. Así pues no existiendo acreedores ni legatarios, no tendrá lugar el recurso de que tratamos, segun Bart. y Paul. de Castr. en d. l. 55. ¿Cesará el mismo recurso, esto es, la disposicion de esta ley, si el heredero hizo in-

tablescido por heredero en el testamento, desechasse la herencia, diziendo que la non queria tomar por razon del parentesco; si estonce non se otorgasse luego por heredero por razon del testamento, non lo podria despues fazer; porque se entiende (151) que la desamparo del todo. Mas si el heredero, non sabiendo que era escrito en el testamento del finado, desechare la herencia, diziendo, que non la queria ganar por razon que era pariente mas propinco del muerto, estonce bien la podria (152) despues cobrar por razon del testamento. E esto es, porque non podria renunciar el derecho que auia en la heredad por razon del testamento, pues que lo non sabia (153). E otrosi, non podria desechar el derecho que auia el en la heredad por razon del parentesco, a menos de renunciar (154) primeramente el derecho que auia en ella por razon del testamento. E porende, tal renunciacion non le empesce, si quisiere auer la heredad despues.

ventario? Opinan afirmativamente Bart. y Paul. de Castr. en d. l. 55., empero sostiene allí lo contrario Imol. á cuya opinion nos adherimos, atendido que la ley no distingue; á mas de que, como dice el mismo Imol., aunque el heredero haya hecho inventario por lo que mira á su parte, no lo habrá formalizado respecto de la que se le defiere; de lo que se sigue, segun Imol., que si hay inventario respecto de alguna de las porciones, no tendrá lugar en punto á ella la disposicion de esta l. de Part. ni de la cit. l. 55.: sin embargo, el objeto de la disposicion no desaparece por mas que exista inventario, pues que no se dirige únicamente á que el coheredero no resulte perjudicado en sus bienes; sino que quiso además que pudiese quedar libre de reclamaciones y litigios, de los que huye siempre un hombre honrado, l. 4. D. *de alien. jud. mut. caus, fact.*; y fundado en esto decia Bald. en la cit. l. 55. que aun cuando las deudas no absorviesen la totalidad de la herencia, podria el heredero usar del beneficio de d. l., al efecto de evitar toda suerte de disgustos. Imol. en d. l. sostiene lo contrario: los DD. allí mismo indican una doble práctica acerca de esta eleccion, véaseles, y en particular á Imol. y á Paul. de Castr.

(150) La citada l. 55. añade que si los acreedores manifiestan al coheredero que no le reconvendrán mas allá de lo que alcance su porcion, y que ellos se harán cargo de la de su coheredero, ó bien que encargándose él de la misma, no le exigirán mayor responsabilidad que por el valor líquido de los bienes hereditarios; entónces dicho coheredero deberá retener las dos porciones, ó entregar á los acreedores la de su compañero que repudió, respondiendo á aquellos por el importe de la suya propia, á tenor de las dos prácticas indicadas allí por la Glos. y los DD. Es de advertir que la ley de Part. nada de esto espresa, y ha hecho muy bien, pues que la citada l. 55. usa en este particular de términos, apenas inteligibles; sin embargo, parece que nuestra ley deberá entenderse con la limitacion indicada, toda vez que el objeto que lleva, como queda dicho, es impedir que el heredero no se vea, en virtud de una circunstancia inopinada, apremiado por acreedores y legatarios, mas allá de donde monta el haber de la herencia; cuya razon cesa si los acreedores limitan sus pretensiones en los términos arriba indicados. Unicamente por razon de las deudas se concede el recurso ó beneficio de que se trata; de lo que infiere Bart., que cesará dicho beneficio si no existen acreedores ni legatarios, por mas que el arreglo de la herencia requiera trabajo y cuidados; tanto mas, cuanto este beneficio se concede contra las reglas de derecho que disponen, que no deje de ser heredero el que se constituyó tal, l. 7. §. 10. D. *de min.*, y que la parte del coheredero que falte acrezca forzosamente á su compañero, l. 53. §. últ. D. *de acquir. hæred.* Además, téngase presente en esta materia la notable decision de Bald. en la l. 5. C. *ad Tertyll.*, á saber, que en el supuesto que la madre, por pasar á segundo matrimonio se vea privada de la propiedad de los bienes de su hijo al cual sucedió, puede desprenderse del usufruto que le resta, y de esta suerte quedar libre del pago de los legados, arg. d. l. 55.; empero no encuentro que sea aplicable semejante decision, atendido que no se halla sujeta á reserva la herencia que la madre adquiere de uno de sus hijos por testamento, auth. *ex testamento* C. *de sec. nupt.*

(151) Apruébase aquí la decision de la Glos. en la l. 1. §. 11. D. *de succ. edict.*, que indiqué mas arriba en la glos. 139. Es claro que destruido el consecuente desaparece tambien el antecedente, l. 77. D. *de acquir. hæred.*, ll. 56. y 62. D. *de procur.*; sobre el principio *qui vult consequens vult et antecedens.* véase Dec. consil. 77.

(152) Añád. l. 17. §. 1. D. *de acquir hæred.*: el que renuncia un derecho no se entiende desprenderse de otro distinto, l. 42. D. *de bon. libert.* y l. 21. *de servit. urban. præd.*

(153) No se presume renunciar un derecho cuya existencia se ignoraba, segun esta l., l. 19. D. *de inoff. testam.* y l. 97. D. *de acquir. hæred*, lo propio tendremos si se dudaba del mismo, l. 22. §. 2. C. *de furt.*

(154) En efecto, no cabe renunciar la herencia que aun no se ha deferido, l. 45. §. 1. D. *de leg.* 2. y l. 13. D. *de acquir. hæred.*, á no ser que se verifique por medio de pacto, l. 1. C. *de pact.* y l. 11. C. *de transact.*

LEY 20. *Fasta quanto tiempo puede el fijo, o nieto, cobrar la heredad que ouuiesse desechada.*

Desechando (155) el fijo (156), o el nieto (157), la heredad de su padre, o de su abuelo, despues de la muerte dellos, seyendo mayor de edad de veinte e cinco años (158), si la heredad, o los bienes della non fuessen enagenados, bien los puede despues cobrar (159), e auer, fasta tres

(155) Refiérese pues esta l. á la repudiacion espresa. Tendrémos lo mismo en la tácita que resulta del transcurso del tiempo concedido para deliberar? la Glos. y Bart. en la l. 3. C. *de jur. et fact. ignor.* opinan que no se estiende á este caso la l. últ. C. *de rep. hæred.* de la que se ha tomado esta de Part.; y con ellos están de acuerdo Bald. y Paul. en la l. 8. D. *de jur. delib.*, y Alex. y Jas. en la 6ª. limitacion á d. l. últ.: empero parece probar lo contrario el final de la l. 2. de este tít., donde puede verse lo que dije. Será la disposicion aplicable al hijo que repudia la legítima? opina que nó Bald. en d. l. últ.; empero Juan de Imol. está por la afirmativa en la l. 4. D. *ad Trebell.*, fundado en la l. 27. §. 13. D. d. tít.

(156) Habla del suyo heredero que está bajo el poder de su padre, cual la l. últ. C. *de rep. hæred.* de la que deriva y la l. 8. D. *de jur. delib.*; si bien la Glos. en d. l. últ. quiso estender la disposicion al hijo emancipado, fundándose, no sin razon, en la l. 8. D. *de collat. bon.* La mayoria de los DD. es contraria á d. Glos., como atestigua Alex. allí, y con ellos está la Glos. en la l. 3. C *de jur. et fact. ignor.*, favoreciéndola el mismo testo. Paul. de Castr. en d. l. 3. se declara contra la opinion general, apoyándose en que por equidad pretoria, la herencia paterna es debida al hijo emancipado, de la misma manera que al suyo heredero; de suerte que la pretericion del mismo hecha sin espresion de justa causa, hace nulo el testamento paterno, de la misma manera que la pretericion del suyo heredero, novell. 1. cap. 1. §. 4.: Alex. en d. l. últ. dice ser frágiles estas razones, empero reconoce con Cyn. y Rain. en d. l. y Bald. en la cit. l. 3., que el emancipado podrá dentro del año rovocar la repudiacion, arg. d. l. 8. añadiendo que lo mismo tendrá lugar respecto de cualquier descendiente que no sea suyo heredero, toda vez que dicha facultad se concede al hijo respecto de la herencia materna, l. 6. §. 1. D. *ad Tertyll.* y allí Bart. y el mismo en la cit. l. 8., si bien sostuvo lo contrario en d. l. últ. Manifiesta la opinion indicada Alex. en la l. 3. C. *de und. lib.* col. 4. y en la cit. l. últ. de acuerdo con Cyn. y Fulg. allí, y con Jacob. de Rav., Cyn. y Bald. en la l. 2. C. *de jur. et fact. ignor*,; y á la cit. l. 2. que parece obstar contéstese con la Glos. allí y con Alex. lug. cit. que en el caso de la ley habria transcurrido ya el año, ó bien habria adido la herencia el sucesor inmediato.

(157) Entiéndase del que es suyo heredero respecto del abuelo, esto es, por hallarse bajo la potestad del mismo, Instit. §. 1. *de nupt.*; así opina Bart. en la l. 8. D. *de jur. delib.* y en la cit. l. últ. Empero, como segun la ley de Toro el matrimonio libra de la patria potestad, los nietos no estarán bajo el poder del abuelo, y de consiguiente no gozarán del beneficio de esta ley; pero si debe concedérseles el de la l. 8. D. *de collat. bonor.*, Glos. en d. l. Además, concediéndose este beneficio á los descendientes por razon de la *suidad*, es claro que no alcanza á los ascendientes que son llamados á suceder á sus descendientes, glos. últ. á la l. 4. C. *ad Trebell.*; empero podrán dentro del año revocar ó retractar la repudiacion, arg. l. 6. § 1. D. *ad Tertyll.* y Jas. en d. l. últ.

(158) ¿Qué dirémos si fuese menor de edad cuando se abstuvo de la herencia paterna? Contestese con el contenido de la cit. l. últ. de la que se ha tomado la de Part. Adviértase que esta parece reprobar la opinion de la Glos. y Bart. en la cit. l. últ., quienes junto con Alber. y Bald. sostenian, fundados en el mismo testo, que si el hijo no hubiese llegado á los 29. años se le concederia además otro trienio; lo mismo opinaba allí Paul. de Castr. desechando la opinion de los que no concedian mas que un trienio, opinion que parece haber sido la de Az. y que aprueba esta l.: téngasela, pues, presente, así como la citada l. últ., la que dista mucho de apoyar el parecer de la Glos. y Bart.; en efecto refiérese ella, no al tiempo de la repudiacion, sino á aquel en que el hijo quiere revocarla, y es en este punto que distinque entre la menor edad y el cuadrienio legal.

(159) A no ser que se le hubiese dado sustituto, pues que por la sustitucion vulgar queda borrada la *suidad*, l. 11. §. 1. D. *ad Trebell.*, l. 16. D. *de lib. et posthum.* y Alex., Jas. y la Glos. en la cit. l. últ. C. *de rep. hæred.*: en los casos especiales en que el nombramiento de sustituto no quita la suidad, procederá la disposicion de esta l., segun Alex. lug. cit. De lo dicho se sigue que si el hijo renuncia un mayorazgo, no podrá despues revocar la renuncia, pues que en el mayorazgo siempre hay sustituto. Tampoco procederá esta l. si el hijo tiene coheredero y este ha admitido su parte, porque entónces ya no es íntegra la cosa, Alex. lug. cit. Lo mismo tendrémos cuando ya hubiese adido el heredero *ab intestato*, segun Bald. en la l. 2. C. *de jur. et fact. ignor.*, equiparando á la enagenacion de los bie-

años. Mas si las cosas de la herencia (160) fuessen enagenadas, non las podria despues cobrar, nin auer; fueras ende si fuesse de menor edad, assi como de suso diximos (161).

TITULO VII.

DE COMO, E POR QUE RAZONES, PUEDE OME DESHEREDAR EN SU TESTAMENTO A AQUEL QUE DEUE HEREDAR SUS BIENES. E OTROSI, POR QUE RAZONES PUEDE PERDER LA HERENCIA, AQUEL QUE FUESSE ESTABLESCIDO POR HEREDERO EN EL, MAGUER NON LO DESHEREDASSE.

Grauemente yerran los omes a las vegadas, contra aquellos en cuyos bienes deuen ser herederos; por que los han a su finamento, a desheredar dellos. Onde, pues que en los titulos ante deste mostramos de los establescimientos de los herederos, como pueden ser fechos, e todas las otras cosas que les pertenescen; queremos aquí dezir de los Desheredamientos, que los omes fazen a las vegadas a su fin, con pesar que reciben de aquellos, de quien deuen recebir seruicio, e plazer. E mostraremos primero, que cosa es desheredamiento. E quien lo puede fazer. E a quien. E como deue ser fecho. E por que razones. E que fuerça ha. E otrosi diremos, por quales yerros puede perder la herencia, aquel que fue establescido por heredero en el testamento, maguer non fuesse desheredado.

LEY 1. *Que cosa es Deseredamiento.*

Desheredar (1) es cosa, que tuelle a ome el derecho que auia de heredar los bienes de su padre, o de su auuelo, o dotro qualquier quel tanga por parentesco. E esto seria, como si el testador (2) dixesse: Desheredo mio fijo; o, Mando que sea estraño (3) de todos mis bienes, porque tal yerro me fizo. E esso mismo seria, si tales palabras dixesse contra su nieto, o contra otro qualquier, que le deuiesse heredar de derecho (4).

nes hereditarios, el hecho de haberlos adquirido un tercero, mediante la adicion, en apoyo de lo cual Alex. en d. l. últ. alega la l. 6. §. 1. D. *ad Tertyll.*

(160) Todas ó algunas de ellas, pero entiéndase de manera que lo enagenado sea de algun valor; así que, no obstará el que se haya vendido una pequeña cantidad de vino ó trigo, segun Aug. en d. l. últ. arg. l. 11. D. *de ædil. edict.*

(161) En la l. 18. de este tít.: añád. l. últ. C. *de rep. hæred.*, y á la l. 24. §. 2. D. *de min.* contesta muy bien Alber. allí.

(1) Concuerda con Azon. Sum. C. *de lib. præt.* vers. *Exhæredare.*

(2) Sea el padre, sea la madre, pues que no pudiendo desheredarse á ningun hijo sin la espresion de justa causa, segun la auth. *non licet.* C. *de lib. præt.* y la novell. 115. cap. 3., es claro que se daria al hijo la *bonorum possessio* contra el testamento de la madre, en el que no se hallase legítimamente desheredado, cuyo derecho no le concedian las leyes del D., l. 4. §. 2. D. *de bon. poss. contr. tab.* y §. 7. Instit. *de exhæred. lib.*: en efecto, como á tenor del derecho de las novelas y de las leyes de Part. se hallan equiparadas la accion de nulidad y la indicada *bonorum possessio*, segun Bart. en la l. 10. §. últ. D. *de bon. poss. contr. tab.*, fundado en la l. 1. princ. d. tít., es evidente que si el hijo se halla desheredado por la madre sin espresion de justa causa, se le concederá la *bonorum possessio contrá tabulas*, pues que puede argüir de nulo el testamento, en virtud de la cit. novell. 115. cap. 3., y de la l. 10. de este tít° de Part.; y así opina Alex. consil. 89 col. 2. vol. 2.

(3) Añád. l. 3. C. de lib. *præter*. De esta l. de Part. se arguye que el hijo segundo desheredado será escluido del mayorazgo al cual se llamó al primogénito y despues de él á su descendencia, y en falta de la misma á los hermanos; v. novell. 1. cap. 1. §. 4. ¿Se entenderá desheredado el hijo maldecido por el padre con la espresion de justa causa? Decide negativamente Bald. en el proemio de las Decretales, col. últ. vers. *item quæro numquid pater maledicendo filium*; y esta decision la refiere y aprueba Jas. en la auth. *non licet.* C. *de lib. præt.* col. 1. y en otros lugares citados por Guillel. Bened. en la repeticion al cap. *Raynuntius, de testam.* sobre las palabras *in eodem testamento relinquens* n. 213. Empero el mismo Jas. en la l. 4. C. *de hæred. instit.* decide en oposicion con Bald., fundándose en que la maldicion no es en términos generales, sino concreta, y alega la l. 9. §. 8. D. *de hæred. instit.* junto con la Glos. Quizá esto seria lo mas acertado mientras hubiese indicios de que el padre tuvo intencion de desheredar al hijo que maldecia; y á la verdad, no tanto se ha de atender á lo material de las palabras como á su espíritu, l. 2. C. *comm. de leg.*

(4) Esta l. parece apoyar la decision de Bald. en las repet. á la l. 14. D. *de inoff. testam.* col. 6., á la l. 11. D. *de lib. et posth.* y á la l. 13. al fin D. *de injust. rupt. testam.*; á saber, que será válida la desheredacion ó pretericion, aunque se omita espresar la causa, si el desheredado ó preterido no ocupa el primer lugar en la sucesion del tes-

LEY 2. *Quien puede desheredar, e a quien.*

Todo ome que pueda fazer testamento, ha poder de desheredar (5) a otri de sus bienes. Pero si el testamento en que fuesse alguno desheredado, se rompiesse (6) por alguna derecha razon, o le reuocasse aquel que lo fizo, o se desatasse por razon que los herederos que eran escritos en el, non quisiessen entrar la heredad (7) del testador; estonce, el que fuesse desheredado en tal

tador; atendido que no habia necesidad de instituirlo ó desheredarlo, l. 29. §. 10. D. *de lib. et posth.* y l. 6. princ. D. *de injus. rupt. testam.*: de aquí se sigue que si el emancipado desheredó á su hijo, y además desheredó ó pasó por alto á su padre (la pretericion del cual es tenida por desheredacion, d. l. 14. y allí Bart.) y que muerto el testador, el hijo queda escluido por sentencia en el juicio que instauró instituyendo la queja de inoficioso, resultando de aquí quedar abierto el camino al padre para querellarse por su parte; tendrémos que este será el único recurso que le competa, no pudiendo acusar de nulo el testamento, por mas que alegue que se le desheredó sin la espresion de justa causa, pues que no ocupaba el primer lugar en la sucesion: de esta suerte tambien opina Alex. en la auth. *non licet.* C. *de lib. præt.* n. 5. y 6. De lo dicho parece seguirse tambien que si el testador deshereda legalmente á su hijo, y luego al nieto, hijo de este, pero sin la espresion de causa, no podrá dicho nieto pretender la nulidad del testamento, aunque su padre quede separado de la sucesion por resultar vencido en el juicio de queja de inoficioso, sino que estará precisamente circunscrito á esta misma accion recisoria, l. 8. princ. D. *de bon. poss. contr. tab.*: empero si el nieto fuese preterido por su mismo padre, entonces la pretericion no se tendria por desheredacion, competiendo por consiguiente á dicha persona la accion de nulidad y la *bonorum possessio contra tabulas*, l. 29. D. *de lib. et posth.* y la Gloss. en la l. 4. §. 1. D. *de bon. poss. contr. tab.* y en la l. 31. D. *de inoff. testam.*: igual derecho corresponderia al nieto respecto de su abuelo, si su padre premurió á aquél; de lo contrario no le restaba mas que la querella de testamento inoficioso, l. 6. princ. D. *de inj., rupt.* y allí la Glos. y latamente Rodr. Suar. de acuerdo con Bald. y los DD. en la repet. á la l. 32. ampl. 10. fol. 11. y 12. y á la l. 34. C. *de inoff. testam.*

(5) Concuerda con Azon. en la Sum. C. *de lib. præt.* col 1. vers. *potest exhæredare.* De aquí se colige que la desheredacion ha de hacerse necesariamente en testamento; en efecto en codicilos no puede darse ni quitarse la herencia, l. 27. §. últ. D. *de condit instit.*, §. 2. Instit. *de Codicill.* y l. 14. C. *de testam.* ¿Qué dirémos si en el testamento se han confirmado los codicilos, donde la desheredacion se hallaba escrita? Azon. lug. cit. parece opinar por la nulidad de la desheredacion á pesar de la indicada circunstancia, aunque no sin vacilar; v. Juan Andr. adic. al Espéc. tít. *de Instrum. edit.* §. *compendiosè* col. 15. He visto una vez agitada esta cuestion en una causa muy árdua; un padre habia desheredado á su hija fuera del testamento en cierta escritura, cuyo contenido aprobó en el testamento mismo; fallóse por la validez de la desheredacion, y no sin justicia, pues que el padre en el testamento se habia espresamente referido á la desheredacion contenida en dicha escritura, arg. l. 77. D. *de hœred. instit.* y allí Juan de Imol., y Alex. y Jason en la l. 2. C. *de Codicill.*

(6) Por alguno de los modos de que hablan la l. 1. D. *de injust. rupt.* y las ll. 18. 19. y siguientes tít. 1. de esta Part.: absurdo seria que subsistiera la desheredacion, una vez invalidado el testamento, l. 12. §. 5. D. *de bon. libert.* y l. últ. D. *de lib. et posth.*

(7) Concuerda con la l. 20 *vers. cum exhœredatio* D. *de bon. poss. contr. tab.* y con d. l. 12. §. 5. D. *de bon. lib.* Empero despues de la l. 1. tít. 2. lib. 5. del Orden. subsistirá la desheredacion aunque no admita el heredero instituido: se dirá tal vez, adoptando la interpretacion que Dyn. citado por Bart. y los DD. en la l. 2. D. *de vul. et pupill.*, dá á la auht. *ex causa* C. *de lib. præt.*, que la citada l. del Orden. se limita á las disposiciones que podrian hacerse en codicilos *ab intestato.*, y que únicamente en este punto queda modificado el derecho antiguo: empero, la intencion de la cit. l. parece haber sido estender al caso de no adicion de la herencia lo que la cit. Auth. y la l. últ. t. 8. de esta Part. disponen para el de romperse el testamento por causa de pretericion ó desheredacion. Desde luego hay en contra de la opinion de Dyn. que el nombramiento de tutor, sin embargo de no poderse hacer abintestato, l. 1. D. *de testam. tut.*, se sostiene aunque se rompa el testamento en el caso de d. auth., como puede verse en ella y en la novell. 115. cap. 3. §. 14. vers. *si autem hæc*, y vers. *si verò*: además no parece justo ni razonable, que penda del arbitrio del heredero escrito la validez de la desheredacion del hijo ingrato; si bien esta razon no seria de bastante peso para los autores de las leyes romanas y los copiladores de las Part.: empero atendidas las palabras generales de la l. del Orden., debe servirnos para interpretarla la consideracion dicha, teniendo presente tambien el argumento sacado de la tutela. Esta cuestion es difícil, y en ella podrá el lector elegir entre lo que llevo espuesto; véase lo que dije en la l. 4. del tít. ant. y lo anotado por Bart. en la l. 4. princ. D. *de bon. poss. contr. tab.*

testamento, non le empesceria. Ca, pues que el testamento non valiesse, non valdria el desheredamiento, que fue fecho en el. Otrosi dezimos (8), que todos aquellos que descienden por la liña derecha, pueden ser desheredados de aquel mismo de quien descienden, si fizieren por que, e fueren de edad de diez años e medio (9) a lo menos. E aun todos los otros que suben por la liña derecha, pueden ser desheredados de los que descienden della, en los bienes que pertenescen a los fijos, o a los nietos tan solamente, por essa misma razon. E todos los otros parientes que son en la liña de trauiesso (10), maguer que los unos pueden heredar a los otros seyendo los mas propincos, si non ouieren fijos, e muriendo sin testamento, con todo esto, qualquier que faga testamento, puede desheredar en el a los otros, si quisiere, tambien a sin razon, como con razon: e puede a otro estraño establescer por su heredero, e heredara todos sus bienes, maguer non quieran estos parientes atales, e aunque el testador non fiziesse mencion dellos en su testamento.

LEY 3. *Como deue ser fecho el desheredamiento.*

Ciertamente (11), nombrandolo por (a) su nome, o por sobre nome, o por otra señal cierta, deue el testador desheredar a qualquier de los que descienden del por la liña derecha, quando lo quiere fazer; quier sea varon, o quier sea muger (12), o sea en su poder, o non (13), de manera que ciertamente pueda saber, qual es aquel que deshereda. Pero manera y a, en que desheredaria el testador alguno de los que descendiessen del, non nombrandol por su nome. E esto seria, como si el testador ouiesse un fijo (14) tan solamente, e dixesse: Deshéredo mio fijo. Ca assaz se entiende, que desheredado es, pues que non ha mas de aquel fijo. Mas si ouiere mas fijos, non seria desheredado ninguno dellos por

(a) su heredero por su Acad.

(8) Concuerda con Azon. lug. arriba cit.

(9) Pues que antes de los diez años y medio el niño es incapaz de ingratitud, l. 33. §. 1. C. *de inoff. testam.*: al cumplir dicha edad esta l. le reputa capaz de dolo, atendido que puede cometer toda especie de delito, escepto el de lascivia, l. 37. §. 1. D. *de minor.* y allí la Glos. y DD. y l. 9. tít. 1. Part. 7.

(10) Concuerda con las ll. 21. y 27. C. *de inoff. testam.*: acerca de los hermanos véase la l. 12. de este tít.

(11) Concuerda con la l. 1. D. *de lib. et posth.* con el §. 1. Instit. *de exhered. lib.*

(21) Añád. l. 4. C. *de lib. præt.*

(13) Añád. d. l. 4. y el §. 5. Instit. *de exhœred. lib.*

(14) Añád. l. 2. D. *de lib. et posth.*: de esta ley deducia Bart. que si no hubiese precedido mas que un testamento, bastará la revocacion general, sin que haya necesidad de referirse á la cláusula derogatoria que contiene dicho testamento; cuya decision impugnan allí Ang., Imol., y Paul. de Castr., y Alex. Consil. 25. vol. 3., donde dice que la opinion general es en este punto contraria á Bart.: empero adviértase que este D. habla en la cit. l. 2. con referencia á lo que dijo en la l. 22. D. *de leg.* 3. col. 4., donde se espresa en los siguientes términos; *¿Sed quœro, si esset ponere casum, in quo sufficeret revocatio generaliter facta, dicens, cassans omne aliud testamentum, in quo sunt verba derogatoria, et hoc voluit prœvalere? Respondeo sic, si unum tantum prœcessit.* Puesta la cuestion en estos términos, encuentro procedente el parecer de Bart., y de acuerdo con él está escrita la l. 22. t. 1. de esta Part.; véase lo que allí dije, y á Socin. cons. 2. vol. 3., donde, col. 3. y 4. así como en la cit. l. 2. defiende la opinion de Bart. Empero yo la limitaria al caso preciso que pone en la cit. l. 22., atendido el contesto de la misma l. y de esta de Part. El mismo Bart. en la l. 1. § 1. vers. *et ideó* D. *de his quœ in testam. del.* dice que en la l. 1. §. 1. si bien se requiere, á fin de evitar la sospecha de falsedad, que el escribano individúe las enmiendas en el acto de salvarlas, no será esto menester si no hay mas que una emienda, bastando entónces que se refiera á *lo que está enmendado*: véase lo anotado por Bald. sobre una cuestion semejante, de acuerdo con Guillel. en la l. 5. al fin C. *fam. erics*: aplica el mismo principio Bart. en la l. 1. §. 8. D. *ad leg. Cornel. de fals.*: añadase lo anotado por Paul. de Castr. en la l. 78. §. 14. D. *ad Trebell.*, limitando la cit. l. 2., y véanse las ll. 9 y 10. D. *de ann. leg.* Así pues, cuando no haya mas que un objeto sobre el cual pueda recaer una cláusula general, se entenderá referirse al mismo, Bald. en la l. 14. C. *de fideicom.* col. 9: decia el mismo Bald. en la l. 10. C. *de oper. lib.* col. 8., que si la hija cedió los derechos que le correspondian sobre los bienes del padre, y no le quedaba en realidad mas derecho que sobre el adote de su madre, se entenderá la renuncia respecto de este, arg. l. 24. D. *de fund. instr*: además, si bien la estipulacion debe interpretarse de la deuda pura de presente, l. 76. §. 1. D. *de verb. oblig.*, sin embargo, si no existia entónces ninguna deuda pura, se entenderia que se habló de la condicional ó á término, á fin de que el acto produzca algun efecto, Jas. en d. §. 1. col. 1. arg. d. l. 24.; véase tambien sobre esta materia Felin en el cap. 1. *de rescrip.*

tales palabras (15). Otrosi dezimos, que quando el testador ha vn fijo tan solamente, a quien quiere desheredar, e (b) dizele mal, que lo puede fazer diziendo assi: El malo, o el ladron (16), e el matador, que non meresce ser llamado mio fijo (17), desheredolo por tal yerro que me fizo; ca tal desheredacion como esta tanto vale, como si lo nombrasse señaladamente, quando le desheredasse. E qualquier a quien desheredassen, deue ser desheredado sin ninguna condicion (18), e de toda la heredad lo deue (c) heredar, e non de vna cosa (19) tan solamente; e si assi non lo fiziessen, non valdria.

(b) decirle mal, Acad.

LEY 4. *Porque razones puede el padre, o el abuelo, desheredar a los que descienden dellos.*

Ciertas razones son, por que los padres (20) pueden desheredar (21) sus fijos; assi como quan-

(c) desheredar Acad.

(15) Añád. d. l. 2. D. *de lib. et posth.*

(16) Concuerda con la l. 3. princ. D. d. tít.

(17) ¿Qué dirémos si lo deshereda diciendo *que no es hijo suyo?* v. l. 1. §. 9. D. *de Carb. edict.* y allí la Glos. y Bart., l. 14. §. últ. *de lib. et posth.* y la cit. l. 3. d. tít.

(18) Concuerda con Azon. en la Sum. C. *de lib. prœt.* col. 2. vers. *exhœredatio autem debet fiere purè*; no importa que la condicion sea tácita, l. 68. D. *de hœred. instit.*

(19) Concuerda con la l. 19. D. *de lib. et posth.*: por aquí se vé que en la desheredacion no habrá lugar al derecho de acrecer; así lo dice Bald. en la cit. l., fundado en que por ser la desheredacion un acto que priva de la herencia, y no una disposicion positiva, no es posible que reciba incremento: véanse allí las dos limitaciones que espresa Alex.

(20) Entiéndase lo mismo de todos los demás ascendientes, nov. 115. cap. 3. —* A las causas de desheredacion espresadas en esta ley de Part. añádanse las siguientes: 1ª. El hecho de contratar matrimonio clandestino el hijo, l. 5. tít. 2. lib 10. Nov. Rec. sobre lo cual véase al Sr. Garcia Goyena en el Frebrero Novisimo, n.º 1306. 2.ª La falta que comete el hijo que contrae matrimonio sin el consentimiento ó el consejo del padre, segun que dicho hijo fuere menor ó mayor de edad, l. 9. tít. cit. Creen algunos que esta causa de desheredacion quedó escluida por la l. 18. tít. cit., la que condena á las penas de estrañamiento y confiscacion de bienes á los que contrajesen matrimonio contra la forma que ella dispone. Nosotros opinamos que promulgada d. l., careció de objeto la desheredacion, pues que pesando sobre el bijo la pena de confiscacion, dejaba de tener derecho á la legítima: empero, abolida por nuestras leyes fundamentales la pena de confiscacion de bienes, habra vuelto á ser aplicable la desheredacion en el caso de que se trata. Se dirá tal vez que quedando, como queda subsistente la pena de estrañamiento del reyno, continuará falta de su objeto la desheredacion, puesque sobre el hijo pesa una especie de muerte civil y de consiguiente, como incapaz de suceder, carece de derecho á la legítima. A esto se contesta que en virtud de la l. 3. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec. el condenado á muerte natural y civil puede hacer testamento; y de consiguiente con mayoría de razon será capaz de suceder por testamento y abintestato: véase la adic. á la glos. 17. del tít. 3. de esta Part. — Adviértase que la l. 10. tít. 1. Part. 4.ª pone otra causa de desheredacion, la que dudamos quede subsistente despues de las cits. ll. de Rec.; véase d. l. junto con la glos.

(21) Añádase que cualquiera de estas causas podrá privar al hijo del suplemento de la legítima, así como de la accion que deriva de la l. 6. princ. C. *de sec. nupt.*, segun Bald. allí col 3.: cualquiera de ellas librará al padre de la obligacion de alimentar al hijo, l. 5. §. 11. D. *de lib. agnosc.* y l. 6. t. 19, Part. 4.: en una palabra, el hijo perderá los derechos de tal; de consiguiente si el padre lo matare, no será reo de parricidio. De otra parte tendrémos lo mismo si el padre es ingrato respecto de su hijo, de suerte que pueda este desheredarle; es decir, perderá el derecho á los alimentos, segun d. l. 6, y el hijo no se hará reo de parricidio, si lo matare, segun Bart. en la l. 5. D. *ad leg. Pomp. de Parricid.*, donde dice lo mismo respecto de los colaterales. ¿Podrá el hijo ser desheredado por alguna causa igualmente grave ó mayor que las que la ley espresa? véase Jas. en la auth. *non licet.* C. *de lib. prœter.* col. 2., donde dice que la opinion general está por la afirmativa: Alex. allí mismo sostiene lo contrario; á favor de cuya opinion parece estar la l. 8. de este tít. junto con lo que allí digo. ¿Será justa causa de desheredacion, si el hijo casa con una muger deshonrada? Bart. y la Glos. están por la negativa en la l. 3. §. 5. D. *de bon poss. contr. tab.*; véase lo que digo en las ll. 10 y 11. tít. 1. Part. 4. junto con el texto. ¿Qué dirémos si el hijo, despues de cometida la falta que le hizo digno de la desheredacion, prestare grandes servicios á su padre y este los hubiese aceptado? v. Bald. y Salic. en la l. 28. C. *de inoff. testam.* Si el padre se reconcilia con el hijo despues de haberle desheredado en virtud de justa causa, pa-

do el fijo, a sabiendas, e sañudamente, mete manos yradas (22) en su padre, para ferirle, o para prenderle; o si le deshonrrase de palabra grauemente (23), maguer non lo firiesse; o si lo acusasse (24) sobre tal cosa, de que el padre deue morir, o ser desterrado (25) si gelo prouassen; o enfamandolo (26) en tal manera, por que valiesse menos. Pero si el yerro de que le acusaua

rece que deberá presumirse revocada la desheredacion, Bart. en la l. 3. §. 11. D. *de adim. leg.*

(22) En la novell. 115. cap. 3. §. 1., de donde esta ley se há tomado, se lee, *si quis parentibus suis manus intulerit*, de lo que parece inferirse ser preciso que se consume el atentado, y que no es bastante la amenaza: va mucha distancia de una cosa á otra, segun la l. 15. §. 1. D. *de injur.*, y allí dice Ang. que no se aplicará igual pena al que levantare las manos amenazando, como al que consumare el acto, segun advierten Cyn. y los DD. en la l. 5. C. *de episc. et cleric.* Empero parece inferirse lo contrario de esta l. de Part. cuando dice, *para ferirle ó para prenderle*, y de la l. 6. tít. 9. Part. 7. donde se lee, *alçando la mano con palo, ó con otra cosa para lo ferir, maguer non lo fiera, fazele muy gran deshonrra.* Sin embargo insisto en la primera opinion, atendido que estas leyes de Part. requieren el hecho material, el que no tiene lugar con la simple amenaza, la que de otra parte no es injuria tan grave como aquel: viene en apoyo de esto el cap. últ. *de donat.* cuando dice, *impias manus injecerit*; y además esta misma l. al ocuparse mas abajo de la injuria verbal añade, *maguer non le firiese*, con lo que parece indicar que anteriormente habia hablado del acto material de herir: hace el propósito la l. 1. §. 2. D. *de obseg. á lib. et libert. præst.*, allí donde dice, *vel impias manus eis infert.*

(23) En la cit. novell. 115. cap. 3. §. 2. se dice, *Si gravem et inhonestam injuriam eis ingesserit:* téngase pues presente esta l. de Part., la que interpreta aquellas palabras de la injuria verbal grave: así lo entendia tambien Juan Andr. en el cit. cap. últ. *de donat.* glos. sobre la palabra *atroces* col. 3., con el cual están allí de acuerdo otros DD.: de esta suerte entendia tambien el cit. §. 2., Alex. consil. 203. vol. 2. Cual sea la injuria verbal grave puede verse en lo anotado al §. 9. Instit. *de injur.* y en la l. 20. t. 9. Part. 7. Si el hijo llamó *traidor* á su padre, la injuria será indudablemente grave, segun Alex en el cit. consil., pues que la gravedad de la imputacion se calcula por la pena, l. 2. D. *de publ. jud.*, l. 37. D. *de minor.* y la glos. en la l. 157. D. *reg. jur.*, junto con otros testos citados allí por Alex.; y en nuestro caso, á ser cierto el hecho, el padre deberia sufrir la pena capital; así pues la injuria no puede ser mayor en su clase. Para juzgar de la gravedad de la injuria, conviene atender á la costumbre del pais, Ang. en la l. 6. D. *de acus.* y en la l. 9. D. *de extr. crim.*, pues que en este punto es mejor testo que la ley misma, segun Bald. en en la l. 2. al fin C. *de nox.* Lo mismo tendrémos si el hijo llamare *hechicera* á su madre, v. l. 1. D. *de obs. á lib. par præst.* junto con la Glos.; y sobre las injurias hechas á los padres, véase tambien la l. 1. tít. 9. lib. 8. del Ordenam. Real.

(24) En la cit. novell. 115. cap. 3. §. 3. se lee, *si eos in criminalibus causis accusaverint, quæ non sunt adversús principem vel rempublicam.*

(25) No se halla esta palabra en el cit. §. 3., de lo que parece inferirse que habló únicamente de las acusaciones que se llaman capitales en la l. 2. D. *de publ. jud.*; así pues, será menester que el padre haya sido acusado de un delito que importe la pena de muerte natural ó civil; no bastando que pudiese incurir en la pérdida de algun miembro por la acusacion puesta por el hijo, Bart. en la cit. l. 2. D. *de lib. et post.* Empero, arguye lo contrario la l. 3. tít. 2. Part. 3. cuando dice, *fueras ende si entendiese, que la demanda era tal, de que pudiesse nacer muerte, ó perdimiento de miembro, ó enfamamiento etc.:* además en la l. 18. t. 4. de la misma Part. se lee, *de muerte, ó de perdimiento de miembro ó de echamiento de tierra*: viene en apoyo de lo mismo la l. 12. tít. 5. de la misma Part. cuando dice, *sobre que pueda venir sentencia de muerte, ó de perdimiento de miembro, ó desterramiento de tierra para siempre*, agréguese la l. 11. de este tít. allí, *o perder algun miembro*; y por fin en varias otras leyes de Part. hallamos equiparada la pena de *muerte* á la de *perdimiento de algun miembro*: viene en apoyo de de esto la l. que se comenta, cuando se dice *enfamandolo.* En vista de lo que precede, creo mas acertado no hacer distincion en este punto entre la acusacion capital y la que importara *el perdimiento de algun miembro*, tanto mas cuanto el §. 3. de la cit. novell. dice, *in criminalibus causis* y no *in capitalibus*; á mas de que si el hijo puede ser desheredado por una injuria verbal grave, con mayoría de razon se hará indigno de la herencia, si intentase la acusacion indicada. La palabra *desterrado* de que usa aquí nuestra ley, debe entenderse del destierro perpetuo; este es el sentido con que se emplea por las Part. Si el crímen de que el hijo acusara á su padre, fuese leve, parece que no procederá la desheredacion, á no ser que dicho crímen irrogase infamia, arg. ll. 13. y 18. C. *de iis qui accus. non poss.* y esta misma l. de Part.

(26) Síguese de aquí, que si de la condena podia resultar infamado el padre, seria justa causa de desheredacion: esto acaba de persuadir que no es menester que el crímen sea capital: y quizá, atendida la generalidad de las palabras de esta l. y la l. 10. §. 12. D. *de injus. voc.*, bastaría que

fuesse atal, que tangesse a la persona del Rey, o al pro comunal de la tierra, estonce, si lo prouasse el fijo, non lo puede el padre desheredar porende. Otrosi dezimos, que el padre puede desheredar al fijo, si fuere fechizero (27), o encantador (28), o fiziesse vida con los que lo fuesen; o si se trabajasse de muerte de su padre (29) con armas, o con yeruas (30), o de otra manera qualquier; o si el fijo yoguyesse con su madrasta, o con otra muger que touiesse su padre paladinamente por su amiga (31); o si enfamasse (32) el fijo a su padre, o si le buscasse tal mal (33),

el padre pudiese quedar deshonrado de hecho en la opinion de los hombres juiciosos; hacen al propósito las ll. 1. 2. tít. 5. y 2. tít. 6. Part. 7.

(27) En la cit. novell. 115. cap. 3. §. 4. se dice, *si cum maleficis hominibus, ut maleficus versatur;* empero la Glos. en el cap. *Quintavallis, de jurejur.* puso separadamente estos dos casos, *si cum maleficis versatur, si maleficus efficiatur;* y esa interpretacion es la adoptada por nuestra ley.

(28) Quienes sean encantadores, véase en la l. 1. §. 3. D. *de var. et extr. cognit.*, donde se lee, *non tamen si incantavit, si imprecatus est, si (ut vulgari verbo impostorum utar), exorsisabit, non sunt ista medicinæ genera, tametsi sint, qui hos sibi profuisse cum prædicatione affirment;* véase además el tít. C. *de mal. et matem.* y allí Ang. en la l. 4., donde advierte que por medio del encantamiento se incita á la lascivia á las mugeres, y añade, *ideo non truferis, cum audis istas facturas fieri quia veræ sunt;* véase además la l. 6. d. tít., la que Ang. resume en los siguientes términos, *qui dæmones incantavit, aliás invocavit, vel per imagines cereas incantavit, punitur;* y añade en la Glos., *nota benè contra facientes imagines cereas, qui pingendo eas, vitas hominum labefactant, et ideó non derideas ista.* — *Sorprenderá tal vez el que haya códigos donde tengan cabida tamaños absurdos; pero nada estraña en este punto el que considera la marcha del entendimiento humano en su desarrollo. En efecto, nada mas natural que el sistema de las emanaciones y evocaciones, acreditado en la antigüedad, reproducido con fé viva por los neoplatónicos de Alexandría, y profesado mas ó menos esclusivamente por los árabes españoles, que no dejaron de influir en el tinte de filosofía derramado por todo el código de D. Alonso: ahora bien, desde este sistema, al de los encantamientos, la distancia es muy corta.

(29) La cit. nov. 115. cap. 3. §. 5. dice: *vel vitæ parentum suorum per venenum, vel alio modó insidiari tentaverit:* tenemos pues que se castiga el conato, aun cuando no se hubiese consumado el crímen.

(30) Es decir, *venenosas*, l. 3. §. 1. D. *ad leg. Corn. de Sic.* y allí Bart. distinguiendo varias especies de veneno, l. 35. §. 2. D. *de contr. empt.* y l. 28. D. *de pœn.* junto con la Glos.

(31) Véase lo que dije en la l. últ. tít. 24. P. 4. glos. antepenúlt. —*Siendo ahora prohibido y castigado el concubinato, tít. 26. lib. 12. Nov. Rec., es evidente que no tendrá lugar esta causa de desheredacion; porque al espresarla el padre debiera reconocerse reo y producir el escándalo en la familia, de lo que resultara el mayor contrasentido: en efecto, la desheredacion introducida para moralizar la familia se dictaba publicando su inmoralidad el padre.

(32) Antes ha hablado de la infamia consiguiente á una acusacion criminal; ahora se refiere á la infamia estrajudicial. En la cit. novell. 115. cap. 3. §. 7., de donde esta l. se ha tomado, se lee: *Si delator contra parentes filius extiterit; et per suam delationem gravia eos dispendia fecerit sustineri:* en vista de esto se origina la duda de si esta l. de Part. quiso ir mas allá que el cit. §., dando por bastante la posibilidad del perjuicio de que se trata, lo que parece inferirse de las palabras que siguen, *porque el padre ouiese a perder* etc.; ó bien si su intencion fué conforme con la de la cit. novell., de suerte que para ser desheredado legítimamente el hijo, sea menester que el hecho de haber disfamado á su padre haya causado grave perjuicio á los bienes del mismo. Esto parece mas conforme con el espíritu y la letra de nuestra ley. Creo que deberá equipararse á la causa de que se trata, la disfamacion ó delacion que pueda acarrear al padre una pena corporal, dado que semejante pena se reputa mas grave que la pecuniaria, l. 10. al fin D. *de pœn.*; pero si el delito fuese leve, de modo que no pudiese dar lugar á la pena corporal, parece que la disfamacion estrajudicial, no será causa suficiente de desheredacion, arg. l. 8. tít. 6. P. 7. y esta misma l. de Part. cuando habla de injuria verbal grave: podria quizá reconocerse como bastante en el caso que, segun la l. 2. tít. 7. Part. 7. debiese resultar infame de hecho, arg. d. l. y esta misma cuando dice *enfamándolo* etc.; y si bien el derecho comun se refiere únicamente á la infamia que deriva de acusacion, podria contestarse que la disfamacion es una injuria, l. 15. §. 25. D. *de injur*, la que viene tambien comprendida en el cit. cap. 3. §. 2. de la novell. 115., cuando dice, *Si gravem et inhonestam injuriam eis ingesserit:* con todo, insistimos en que la disfamacion no es justa causa para desheredar, cuando tiene por objeto un delito leve. Digna es de ser examinada con detencion esta materia, atendidas las palabras de que usa nuestra l. de Part.

(33) Delatándole, como dije y se espresa en la cit. nov. 115. cap. 3. §. 7.: lo mismo dirémos, atendida la generalidad de las palabras de nuestra ley. Si de otro modo el hijo ocasiona á su pa-

por quel padre ouiesse a perder gran partida de lo suyo, o a menoscabar. Ca por qualquier destas razones que sean puestas en el testamento (34) del padre, o del auuelo, si fuere prouado, deue el fijo, o el nieto, perder la herencia, que pudiera auer de los bienes dellos, si non ouiesse fecho por que. Otrosi dezimos, que seyendo el padre preso por debda que deuiesse, o de otra manera, si el fijo non le quisiere (*d*) dar en quanto pudiere (35), para sacarlo de la prision (36), que le puede desheredar el padre. E esto se entiende de los fijos varones, e non de las mugeres. Ca a las mugeres (37) defiendeles el derecho, que non puedan fiar a otri. E aun puede el padre desheredar el fijo, si le embargare que non faga testamento. Ca, si el padre fiziere despues otro testamento, puedelo desheredar en el por esta razon. E demas dezimos, que aquellos a quien tiene él padre en voluntad de mandar algo, e non lo puede fazer (38) por embargo que le fizo el fijo, puedenlo acusar por esta razon; e si lo prouaren, deue perder el fijo (39) aquella parte que deuia auer de la herencia del padre, e ser del Rey. E cada vno de los otros a quien queria mandar algo en el testamento, deuelo auer, segund que fallaren en verdad, que el testador auia voluntad de les mandar, si el testamento ouiesse fecho.

LEY 5. *Como el padre puede desheredar al fijo, si se fiziere juglar contra su voluntad; e de las otras razones por que lo puede fazer.*

Iuglar (40) se faziendo alguno contra voluntad de su padre, es otra razon por quel padre puede desheredar su fijo; pero si el padre fuesse

(*d*) fiar en cuanto Acad.—quitar nin fiar. Tol.

dre el daño de que se trata.

(34) El que deshereda no debe espresar las circunstancias de lugar y tiempo del acto de ingratitud ó delito del hijo, pues que la l. no lo previene; empero si deberá probarlas el heredero, arg. l. 16. D. *de dol.*, l. 7. princ. D. *de injur.*, cap. *præsentium, de testib. lib. 6.*, Alex. citando á Bald., consil. 203. vol. 3. y Socin. consil 105. col. últ.

(35) En la cit. novell. 115. cap. 3. §. 8. se dice, *in quantum esse qui petitur, probatur idoneus*, de consiguiente no podrá escusarse el hijo diciendo que deberia haberse obligado perjudicando á sus hijos en la legítima; pues que no se trata de una donacion, y si del cumplimiento de un deber filial, y de impedir la desheredacion; hace al propósito la l. 2. D. *si quis á par. fuer. manum.* y v. Bald. en la l. 2. C. *si in fraud. patron.*

(36) Lo mismo tendrémos si fuese preciso librarle de la escomunion, porque las cadenas del alma son mas pesadas que las del cuerpo, segun Juan Fabr. en la auth. *si captivi* C. *de Episc. et Cler.*

(37) Téngase presente està escepcion para lo que dije en la l. 3. tít. 12. P. 5., á saber, que ni aun por causa piadosa puede afianzar la muger. Adviértase que si bien la muger puede renunciar al senadoconsulto Veleyano, y á las demás leyes que declaran ineficaz su afianzamiento, con todo el padre no podrá desheredar á la hija que no afianzó por él, pues que nuestra l. no quiso precisarla á semejante renuncia.

(38) Porque falleció subsistiendo el obstáculo que le impedia testar libremente, como lo espresa la cit. novell. 115. cap. 3. §. 9.

(39) Sigue el parecer de la Glos. en d. §. 9., en la l. 1. D. *si quis aliq. test. prohib.* y en la l. 2. C. d. tít.; v. ll. 26. y 27. tít. 1. de est. Part., junto con lo que allí dije.

(40) La cit. novell. 115. cap. 3. §. 10. los llama *mimos*: estos son los *saltimbanquis* y *farsantes* que representan en público, l. 2. §. 5. D. *de his qui not. infam.*; y Ang. les llama allí *joculatores*: son inhábiles para obtener órdenes sagradas, cap. *maritum*, dist. 33., lo que Bart. en la l. 21. C. *ex quib. caus. inform.*, limita á los que egercieren esa arte siendo mayores de edad, pues que es indispensable la indulgencia respecto de los menores. Tambien nos parece que nuestra l. deberá entenderse de los mayores, arg. l. 21. cit. Repútase vicio torpe el hacer donacion á semejantes personas, cap. *donare* dist. 86., v. Crisost. sobre S. Mat. homil. 49. col. penúlt. y últ. Entiéndase nuestra l. del supuesto que el hijo persistiere en la profesion dicha, segun se espresa en el citado §. 10. Además parece que debe limitarse á los que ejercen el oficio de juglares por algun estipendio, d. l. 2. §. 5., no viniendo comprendidos los juglares que trabajan sin retribucion en alguna casa particular; estos no se hacen infames, segun Ang. en d. §. 5. y arg. l. 4. tít. 6. Part. 7. Requiérese en este punto el hábito, segun llevamos dicho, y lo declaran Inoc. y Abb. en el cap. *cum decorem*, *de vita et honestate clericorum*, hablando de la irregularidad de los que aspiran al sacerdocio; dice allí Inoc. que ya se haya egercido una, ya muchas veces el papel de juglar, no producirá la irregularidad, si no ha pasado á constituir un hábito; si bien Abb. esceptúa allí el caso en que se hubiese presentado en público recibiendo estipendio; entónces, dice, á la segunda vez se haria infame, arg. l. 43. D. *de rit. nupt.*—*Una ligera observacion vamos á hacer sobre esa parte de la ley de Part.; á saber que no es posible aplicarla tomada en su sentido literal, sin que choque mas ó menos

juglar (41), non podria esto fazer. Esso mismo seria, si el fijo contra la voluntad del padre lidiasse por dineros (42) en campo con otro ome, o se auenturasse por precio a lidiar con alguna bestia braua. E otrosi, quando el padre quisiesse casar su fija, e la dotasse, segund la riqueza quel ouiesse, e segund que pertenesciesse (43) a ella, e a aquel con quien la queria casar; si ella contra su voluntad del padre, dixesse que non queria casar (44), e despues desto fiziere vida de mala muger en puteria (45), poderla ya el padre desheredar (46) por tal razon. Pero si el padre alon-

con su espíritu ó intencion. En efecto, el objeto que aquí se propuso el legislador, pertrechando á los padres con el poder de la desheredacion, fué el impedir que los hijos se dedicaran á aquellas ocupaciones, que á los ojos de la sociedad envilecen la persona, y manchan la reputacion de la familia: ahora bien, si existen en nuestros tiempos personas, que á la época de las Partidas se las hubiera calificado de juglares, y que sin embargo no las considera envilecidas el público; es evidente que el espíritu de nuestra ley no las comprende. Que semejantes personas existen nadie lo pondrá en duda. Hácese en la época presente grande diferencia entre sugetos y sugetos de los que con juegos y habilidades entretienen al público.

(41) *Nihil dolosus doloso, nihil Catilina Cetego*, Glos. en la nov. 115. cap. 3. §. 10.

(42) Cual los atletas que combatian en el circo, l. 11. C. *de inoff. testam.* y d. §. 10.: son infames semejantes lidiadores, siempre que combatieren por algun estipendio, d. l. 2. §. últ. D. *de his qui not. infam.*

(43) Téngase presente esta disposicion, la que determina lo que debe entenderse por dote competente, y añád. l. 43. D. *de legat.* 3.; tenemos pues que la legítima no será la justa medida de la dote; véase lo que dije en la l. 8. tít. 4. P. 5. sobre las palabras *á otro*.

(44) Lo mismo espresa la cit. novell. 115. cap. 3. §. 11. ¿Qué dirémos si la hija se prostituyó antes de los 25. años, mediando la circunstancia de no haberle propuesto el padre marido alguno, ni ofrecido dotarla, ya fuese por negligencia, ya por otra causa? Parece que no procederá la desheredacion atendido el contesto literal de esta cláusula que se comenta; pero indica lo contrario la cláusula que sigue, *pero si el padre alongase el casamiento* etc., la que manifiesta que mientras la hija no haya cumplido los 25. años no se considera culpable el padre, y de consiguiente no tendrá disculpa la hija: nuestra l. y el cit. §. 11. pueden tomarse como que hubiesen querido espresar el caso en que habia mas dificultad; debiendo sobreentenderse las siguientes palabras, *mayormente cuando la hija se prostituyere, siendo de menor edad*, en cuyo caso tendria lugar la desheredacion, aunque el padre no le hubiese propuesto marido: así opina la Glos. en d. §. 11. y en el cap. *Quintavallis, de jurejur.* y arg. l. 19. C. *de inoff. testam.*

(45) El cit. §. 11. dice: *luxuriosam degere vitam elegerit.* Parece á primera vista exigir la l. de Part., para que la hija pueda ser desheredada, que se prostituya en algun lupanar, de los que habla la l. 27. D. *de pet. hæred.*: seria muy duro el exigir semejante circunstancia, y que no bastaran las costumbres desordenadas de la hija; así que opino, apoyado en la cit. novell. y en la l. 19. C. *de inof. testam.*, de las que nuestra l. de Part. se ha tomado, opino, digo, que las palabras *fiziere vida de mala muger en puteria*, deben entenderse en general del hecho de la prostitucion. Probaráse este hecho por medio de presunciones mas ó menos vehementes, coadyuvadas por la fama pública, Bald. consil. 253. vol. 2., bastando segun él el acceso carnal, aunque el acto no hubiese podido de todo punto consumarse por el estado de los órganos, arg. cap. 1. §. *item si fidelis, quib. mod. feud. amitt.*; á mas de que puede llevarse una vida licenciosa sin que medie el contacto corporal, l. 3. §. 5. D. *de bonor. poss. contr. tab.* y l. 4. §. 3. D. *de his qui not. infam.*

(46) ¿Siendo prostituta la madre, podrá desheredar á la hija que la imite? Bald. de acuerdo con Bart. en la l. 11. C. *de inof. testam.* está por la negativa, fundado en el mismo testo; empero el propio Bald. en la l. 9. C. d. tít. dice, que si al último de sus dias la madre llevaba una vida honesta, podrá desheredar á su hija, pues que entónces no debió aquella tenerse por persona torpe, dado que los últimos hábitos son los que forman estado, l. *mella* §. 1. D. *de adim. legat.* y allí Ang. de acuerdo con Guill. fundado en la l. 23. princ. y §. 3. C. *de nupt.* ¿Qué dirémos si la hija hubiese reformado sus costumbres antes de la muerte del padre? Parece que este no tendrá derecho de desheredarla, segun el Specul. tít. *qui filii sunt legitimi* §. 1. col. 4. vers. *quid si ipsa pœniteat de peccato*, donde concluye que en dicho caso el padre debe alimentar á la hija, á lo que es consiguiente que no puede privarle de la legítima, atendido que estos dos derechos marchan siempre paralelamente, l. 5. §. 10. D. *de lib. agnos.*: en el mismo caso deberá el padre dotarla, segun Abb. en el cap. *Quintavallis* col. 2. *de jurejur.*, pues que la dote no merece menos consideracion que los alimentos: Bald. novell. tratado *de dote* fol. 13. col. 2. privileg. 16. establece lo mismo respecto de la dote, sin citar á Abb., y al cit. §. 11. contesta, que su disposicion no debe estenderse á la dote, á fin de no impedir el matrimonio de la hija; con lo que indica que aun podrá ser desheredada. Empero

gasse el casamiento de su fija, de manera que ella passasse de edad de veinte e cinco años (47), si despues desto fiziesse ella yerro, o enemiga de su cuerpo, o se casasse contra voluntad de su padre, non podria el desheredarla por tal razon; porque semeja, que el fue en culpa del yerro que ella fizo, porque tardo tanto que la non caso. E otrosi dezimos, que seyendo algun ome furioso, o loco, de manera que andouiesse desmemoriado, e sin recabdo; si los fijos, o los otros que descienden del por liña derecha, non le guardassen, o non pensaren del en las cosas quel fuere menester; si otro estraño se mouiesse (48) por piedad, e que ouiesse duelo del, doliendose de su locura e de su mala andança, e lo lleuasse a su casa, e pensasse del; si este atal despues desto rogasse, e afrontasse a aquellos que descendiessen del furioso sobredicho, que pensassen de su pariente; si ellos non lo quisiessen fazer, e el furioso muriesse sin testamento, este sobredicho que lo lleuo a su casa, e que penso del, deue auer todos sus bienes del furioso: e los parientes que lo desampararon, non deuen auer ninguna cosa. E si por auentura, este atal tornasse en su memoria ante que muriesse, podria desheredar por esta razon, a aquellos que lo deuian heredar por derecho, si non errassen contra el. E aun dezimos, que si este atal que fuera desmemoriado, ouiesse fecho testamento en antes que cayesse en la locura, e en aquel testamento ouiesse establescido por herederos a sus fijos, o algunos de los otros que descendiessen del por liña derecha; si el furioso muriesse despues en casa del estraño que pensaua del, non vale el testamento quanto es en el establescimiento de los herederos; ca non deuen ellos (49) auer la heredad, mas aquel estraño que penso del, e le ayudaua, en cuyo poder murio. Mas bien valdria el testamento, quanto en las otras mandas que el testador sobredicho ouiesse fecho en el.

LEY 6. *Como el padre, o el auuelo, pueden desheredar a sus fijos, o a sus nietos, si non le quisieren sacar de captiuo.*

Captiuando (50) algun ome, o muger, que ouiesse fijo, si los fijos fuessen negligentes (51), non auiendo cuydado de redemir su padre, o su madre, o lo dexassen captiuo, podiendolo redemir, si despues desto saliere este atal de poder de los enemigos, puede por esta razon desheredar sus fijos. Mas si por auentura muriesse en poder de los enemigos, aquellos que le deuian heredar, que fueron negligentes en sacarle de

Alex., refiriendo el dicho del Hostiens. en la l. 1. col. 9. n. 33. aduce á favor de la hija que la causa de desheredacion se borra si el hijo ingrato dió muestras de arrepentimiento antes del testamento, ó bien antes de la muerte del padre; viene en apoyo de esto la cit. novell. 115. cap. 3. §. 10., donde se lee, *et in hac possessione permanserit*; y lo anotado por Bald. en la l. 27. C. *de inoff. testam.*

(47) ¿Qué diremos si es costumbre en el pais el casar las hijas antes de los 20. años? ¿Podrá el padre desheredar á la hija que sin su consetimiento se casare con persona indigna, pasada dicha edad? Está por la negativa Bald. novell. tratado *de dote* privil. 16. fol. 13. col. 2., apoyado en que de otra suerte quedára la hija privada de la libertad de contraer matrimonio, libertad que no puede quitarle el derecho civil, cap. 1. *de spons.* y allí Abb. En cuanto á deberse atender la costumbre del pais respecto de la edad en que se casan las mugeres, véase Alex. consil. 20. col. 2. vol. 2., si bien trata de materia distinta. Sin embargo, sea cual fuere esta costumbre, se atenderá á la edad de los 25. años, tratándose de lo establecido acerca de la hija que se prostituye.

(48) ¿Qué dirémos si nadie cuidase del loco? Aun en este caso los hijos quedarán privados de la herencia, segun la Glos. en la auth. *liberi* C. *de episcop. audien.*

(49) Entiéndase si son mayores de 18. años, segun la l. sig. de este tít.

(50) Sean ladrones, sean piratas ú otras cualesquiera las personas privadas que le tengan en su poder: el hijo que deja morir á su padre en el cautiverio parece asesinarlo, segun Bald. en la auth. *si captivi* C. *de episc et cleric.*: lo mismo tendrémos si fuese detenido en la cárcel por deudas, l. 1. C. *qui bon. ced. poss.*, l. 3. §. 13. D. *de susp. tut.* y Bald. lug. cit. col. 1.: pero no se aplicara esta l. al caso que el padre fuese condenado á la pena de cárcel no redimible, ó que sea detenido pendiente una causa criminal, l. 2. C. *de exhib. reis.* y Bald. y Paul. de Castr. en d. auth.

(51) ¿Qué dirémos si el mismo padre fué negligente acerca su redencion, para la que tenia medios suficientes? Bald. en d. auth. *si captivi* dice, que esta circunstancia escusa á sus hijos y demás personas conjuntas, arg. l. 5. D. *mand.* y cap. 2. *de fidejus.* Empero si constase que el padre no quiso absolutamente redimirse, entónces se considerarán culpables y por consiguiente serán escluidos de la herencia los hijos y demás personas conjuntas, si no lo verifican, segun Bald. lug. cit., arg. l. 44. D. *ex quib. caus. ma-*

captiuo, non deuen heredar (52) ninguna cosa de los sus bienes. Mas el Obispo de aquel logar, onde era natural este que murio en la captiuidad, deue entrar todos sus bienes, e fazer ende escrito cierto de quantos son; e despues desso, deuelos vender todos, e dar el precio en redencion de captiuos (53). Ca, pues que este que era señor, non se aprouecho de sus bienes, nin fue redemido dellos, bien es que sean otros redemidos (54) en su logar. E lo que diximos en esta ley de los fijos, entiendase tambien de los otros parientes, que auian debdo de parentesco con el captiuo. Otrosi dezimos, que si alguno, ante que cayesse en captiuidad, ouiesse fecho testamento, en que ouiesse establescidos algunos por sus herederos; si muriesse en poder de los enemigos, non lo queriendo ellos redemir, non valdria el testamento quanto en el establescimiento de los herederos, mas valdra (55) en las otras cosas, segund diximos en la ley ante desta, que fabla del furioso. E la pena, que diximos en esta ley, e en la que fabla del furioso, deuen auer tan solamente los parientes, e los herederos, que son mayores de diez e ocho años (56), e non los otros que fuessen menores desta edad, maguer errassen assi como sobredicho es. E non se pueden ende escusar los herederos sobredichos, maguer digan, que non rescibieron mandado de los catiuos, para vender (57), o obligar sus cosas, por razon de quitallos. Ca sin su mandado las podrian ellos vender, e obligar, tambien como las sus cosas proprias; assi como dize en el titulo de los Captiuos, en las leyes (58) que fablan en esta razon.

LEY 7. *Como el padre puede desheredar al fijo, que se tornare Moro, o Judio, o Herege.*

Herege (59), o Judio, o Moro, tornandose el fijo, o el nieto, si el padre fuesse Christiano, bien lo puede desheredar por esta razon: mas si el padre fuesse Herege, o de otra Ley, e los fijos, e los nietos fuessen Catholicos (60), estonce el pa-

jor. junto con lo anotado en ella.

(52) En la cit. novell. 115. cap. 3. §. 13. se dice, *illos ad successionem ejus venire non patimur*, y en la auth. *si captivi* C. *de episc. et cleric.* se lee, *sed etiam lege denegatur ejus successio;* por lo que se vé que en el caso de que se trata, los hijos, los parientes y los herederos escritos son removidos de derecho de la sucesion del cautivo, es decir, sin necesidad de sentencia; de consiguiente, no cabe en este punto la cuestion que suscita Bald. en d. auth., acerca el modo como quedan privados de la sucesion, como advierte tambien allí Paul de Castr.

(53) Por aquí se vé que la herencia no pasará al siguiente en grado: cuando la ley priva de ella á algun sugeto, puede dar á la misma el destino que le plazca, segun Paul de Castr, en d. auth. *si captivi.*

(54) La misma razon espresa el testo de donde nuestra l. se ha tomado, á saber, la cit. novell. 115. cap. 3. §. 13.: esta misma razon es aplicable á otros puntos del derecho.

(55) Se sostiene este testamento, fingiéndose que el cautivo falleció en el momento inmediato anterior al cautiverio, l. 28. D. *de vulg. et pupill.*

(56) Y no les compete la restitucion por entero, aunque no hayan cumplido los 25 años, segun Bald. en d. auth. *si captivi* col. 2.: bastará que el hijo cumpla los 18 años durante el cautiverio del padre, segun Bald. lug. cit., pues que el deber filial no es instantáneo.

(57) Esta palabra no la hallamos en la nov. 115. cap. 3. §. 13., ni en la cit. auth. *si captivi,* donde se lee lo siguiente: *qui autem redimere student, si propriias non habeant pecunias, super quibuslibet rebus ipsius in eam causam recte contrahunt.* La disposicion de nuestra l. deberá concretarse al caso que los hijos ó personas conjuntas no tengan bienes propios. De las palabras trascritas de la cit. auth. infiere Bald. que el fiador podrá vender los bienes del principal obligado, si se vé amenazado de la cárcel y no tiene con que pagar, l. 8. §. 7. D. *mand.*

(58) Las ll. á que se hace referencia aquí, no son en este punto tan esplícitas como esta.

(59) Añád. d. novell. 115. cap. 3. §. 12. y el cap. *excommunicamus* §. *credentes, de hæret.*

(60) Añád. l. 19. C. *de hæret.* d. novell. cap. 3. §. 2.: tenemos aquí y en la l. 2. tít. 26. P. 7. que el hijo católico sucede al padre herege. Pero lo contrario establece el derecho canónico, cap. *vergentis, de hæret.*, cap. *filii* y cap. *quicumque*, §. *hæretici, de hæret.* lib. 6. y la auth. *Gazaros* C. *de hæret.* Ahora bien, ¿prevalecerán en este punto las ll. de Part., ó bien el derecho canónico? Nótase aquí diversidad de opiniones: la Glos. en la sum. 23. q. 7., dice que en esta materia se hallan corregidas por los cánones las leyes civiles, y lo mismo opinan allí Archidiach. y Juan de Fantu. Empero Gotofr. sostuvo lo contrario apoyándose en que cuando se trata de bienes temporales, las leyes civiles prevalecen sobre los cánones, escepto en el territorio donde el Pontífice Romano es soberano temporal; así se espresa en la sum. tít. *de hæret.* §. *quid si hæret. fit. hab.*: del mismo parecer es Juan Andr. en d. cap. *vergentis*, diciendo que en los lugares sujetos al Imperio, deberán observarse en este punto las leyes civiles, las que indudablemente son mas equitativas. Empero,

dre es tenudo de establescer (61) a estos fijos atales por herederos, maguer non quiera. E si por auentura el padre ouiesse fijos que fuessen Christianos, e otros que lo non fuessen, otrosi los Catholicos deuen heredar (62) del padre, e los otros no auran ende ninguna cosa. Pero si despues desto se tornassen a la Fe (63), deuenles dar su parte de la heredad. Mas los frutos (64) que ouieren lleuado los Catholicos, entre tanto que los otros fijos fuessen Hereges, (*e*) e non creyan en la nuestra Fe, non los pueden demandar. E si por auentura el padre, e los fijos, fuessen Hereges, e los otros parientes (65) mas cercanos fuessen Catholicos; estonce, los que creen bien, auran la heredad, e non los otros. E si por auentura alguno fuesse Herege, el, e todos los otros parientes que ouiere, tambien los que descienden por la liña derecha, como los que suben por ella, e otrosi los de las liñas de trauiesso, fasta el (*f*) dezeno grado; si este Herege atal fuere Clerigo (66), estonce heredara la Eglesia todos sus bienes, si los demandare fasta vn año (67), despues que fuere dado por Herege. E si passare vn año, e la Eglesia non los demandare, estonce auerlo ha el Rey. E si este atal fuere lego, aura el Rey otrosi todos los bienes.

(*e*) et los otros parientes mas cercanos fuesen católicos, los que creen bien habrán la heredat, et non los otros. Et si por aventura Escur.

LEY 8. *Que fuerça ha el desheredamiento, quando es fecho derechamente.*

Si el padre deshereda su fijo por alguna razon qualquier, de las que diximos en las leyes

(*f*) doceno grado Tol. Escur. 1. 2. 4. B. R. 2.

Abb. en d. cap. manifiesta admirarse de la opinion de Juan Andr., pues que no tiene á favor suyo la razon ni la probabilidad; atendido que el Papa en el cit. cap. *vergentis* hace espresa mencion de los paises del Imperio, y constituye la disposicion obligatoria para los príncipes seculares; ni hay para que atender en esta materia á las leyes civiles, si se considera que el crímen de heregia es meramente eclesiástico, cap. *ut inquisitionis,* vers. *prohibemus, de hæret.* lib. 6., y que la imposicion de la pena pertenece al juez eclesiástico y no al secular, §. *in hoc* 24. q. 2.: lo mismo opinan Alb. en d. l. 19. C. *de hæret.* y la Glos. seguida por la mayoría de los DD., en d. *cap. vergentis* y además la glos. últ. en el cap. *cum secundum leges, de hæret.* lib. 6. Por derecho antiguo habia menos lugar á duda, atendida la disposicion de la cit auth. *Gazaroz:* empero la cuestion es al parecer difícil en vista de éstas ll. de Part. Sin embargo aun me decido por la disposicion del derecho canónico, atentido que el crímen es meramente eclesiástico, y que aquel impuso á los hijos la pena de que se trata, considerándola como pena del padre, l. 8. D. *quod met. caus.*: además, si esto tiene lugar en el crímen de lesa magestad temporal, con mayoría de razon deberá tener cabida cuando es de lesa magestad divina, d. cap. *vergentis:* esto es lo que se observa en la práctica. Añád. Palac. Rub. en la repet. al cap. *per vestras,* sobre el testo col. 340. vers. *ex istis,* donde puede verse si por equidad los hijos podrán reclamar del fisco sus alimentos y las hijas sus adotes: véase al mismo, lug. cit. acerca de los hijos nacidos antes del delito del padre.

(61) Esto indica que el herege puede hacer testamento; véase la l. 16. tít. 1. de esta Part. y lo que allí dije.

(62) Véase la Glos. 60.

(63) Infiérase de aquí que á los hereges que vuelven á la fé católica deben restituírseles sus bienes; añád. la Glos. en la sum. 23. q. 7., donde dice, que en el caso de que se trata la restitucion se verifica por misericordia, cap. *ipsa pietas* 23. q. 4., es decir, que en rigor de derecho el convertido carece de accion, segun Archid. en el cap. *si vos* 23. q. 5. Añád. cap. *ad abolendam, de hæret.*, cap. *ut officium*, vers. *si veró*, *de hæret.* lib. 6., cap. *ut commissi,* vers. *necnon.* d. tít. y allí Archid., Dominic. en el cap. *cum secundum leges, de heræt.* lib. 6. y la Pragmát. de los Reyes Católicos dada en Córdoba en 1487.

(64) De aquí puede inferirse que restituyéndose los bienes al que fué privado de ellos por causa de algun delito, no entran en cuenta los frutos; añád. Alber. en la auth. *idem de Nestorianis C. de heræd.*

(65) Esto se halla tambien corregido por el derecho canónico, pues que, como dije en la glosa 60., ni á los hijos del herege se les concede derecho sobre los bienes del mismo.

(66) Añád. cap. *excommunicamus.* §. 1. *de heræt.* y allí Abb. y Juan de Ana., y allí mismo puede verse lo que se deberá hacer de los bienes del clérigo que cae en el crímen de heregía.

(67) Nótase esta prescripcion, sobre la que llama tambien la atencion la Glos. en la novell. 115. cap. 3. §. 12. Empero ¿pueden las leyes civiles prefijar á la Iglesia un término para el egercicio de sus derechos? No carece de dificultad esto, si se atiende al cap. *quæ in ecclesiarum* y al cap. *Ecclesia S. Mariæ, de constit.*: si bien puede aducirse en contrario lo que espone Guillel. Benedic. en la repet. al cap. *Raynutius,* sobre las palabras *et uxorem nomine Adelasiam*, n. 240. y sig.: véase

ante desta, si fuere prouada (68), dezimos que deue perder porende el fijo la heredad del padre. Otrosi dezimos, que como quier que el padre pusiesse muchas razones destas sobredichas contra su fijo, quando lo desheredare; si non pudiere todo prouargelo, el, o el heredero que fuesse escrito en el testamento, abonda que sea prouada la vna cosa (69) tan solamente: Mas si por alguna otra razon qualquier (70), que non fuesse de las sobredichas en estas leyes, desheredasse el padre a su fijo, non le valdria tal desheredamiento.

lo que digo en la glos. penúlt. á la l. 2. t. 26. Part. 7.

(68) Añád. l. 30. C. *de inoff. testam.*, auth. *non licet. C. de lib. prœt.* y la novell. 115, cap. 3. §. últ. de donde d. auth. deriva. Dice Ang. en la novell. 22. cap. 46. §. 4. que el abogado no debe descuidar nunca el hacer probar contra el hijo una de las causas de ingratitud; pues que si bien es nulo el testamento del padre, cuando hubiese hecho la desheredacion sin espresion de causa, no obstante, probada una de ellas, la desheredacion obrará al efecto de escluir de la sucesion abintestato al hijo desheredado, arg. d. §. 4. Jas. en d. auth. *non licet.* limit. 7. cita como singular este parecer de Ang. y se conforma con él. Sin embargo, yo siempre dudé de la exactitud del mismo, teniéndolo al contrario por opuesto á la cit novell. 115. cap. 3. y á las ll. 4. y 10. tít. 7. de esta Part.: la ingratitud no escluye de la sucesion *ab intestato*, l. 6. D. *und. cogn.* y Guill., Bart., Bald. y otros en la l. 27. C. *de inoff. testam.*, donde contestan al cit. §. 4.: sostiene y prueba latamente la misma opinion Franc. de Aret. en la l. 3. §. 2. D. *de lib et posth.*; así opina tambien Socin. consil. 105. vol. 3. col. últ. Sin embargo, por nuestras ll. de Part., la ingratitud, cuando se trata del hermano, le escluye tambien de la sucesion dicha, l. 12. de este tít. junto con lo que dije en ella y en la l. 10.

(69) Añád. d. novell. 115. cap. 3. §. últ. y cap. 4. §. *si tales.* Esta disposicion viene en apoyo de lo que asienta Inocencio en el cap. *in prœsentia*, *de renunciat.*, á saber, que para la validez de la sentencia fundada en doble motivo, basta que uno sea cierto; añád. Bald. en la l. 2. §. 2. D. *de his qui not. inf.* Del citado cap. 3. §. últ. deduce Bald. que si en el libelo se alegan varios hechos, tales, que cada uno de ellos sea bastante para fundar la intencion del actor, no es menester que este los pruebe todos, sino que es suficiente la prueba de cualquiera de los mismos; remite al lector á lo anotado en el cap. *licet causam*, *de probat.* y en el cap. 2. *de rescript.* donde pueden verse Abb. y Felin. col. 16. 17. y 18. ¿Se entenderá que el actor se sujeta á probar los hechos cual los alega en libelo? V. Bart. en la l. 13. princ. D. *de instit.*: en caso de duda, no se presume que el actor quiera sujetarse mas que á aquello que conviene á su intencion, segun Bald. en l. 3. C. *de edend.* 2. lect. col. 2.: nótese tambien que por mas que uno anuncie la prueba de un hecho, la falta de esta prueba no podrá servir de escepcion á su adversario, Bald. en la l. 1. C. *si advers. credit.*, v. Jas. de acuerdo con Salic. en la l. 2. C. *de fideicom.* Adviértase además que el litigante que ofreció probar por medio de testigos é instrumentos, podrá no obstante presentar posiciones en tiempo hábil, Bald. en la l. 2. §. 2. C. *de jur. calum.*: pueden verse otras especies notables sobre esa materia y para la inteligencia del cit. cap. *licét causam*, en Bald. á la l. 1. C. *de condict. indeb.*, col. penúlt.: allí sienta las siguientes reglas, á saber, que nadie se presume haberse sujetado á la prueba de un hecho, á no ser que pueda influir en la existencia ó calidad del derecho que pretende: 2.ª que si el derecho que se deduce en juicio depende de vários hechos que deben concurrir á la vez, todos deberán probarse, pero no si cada uno de ellos es bastante para fundar la accion. En las causas criminales es de ningun efeto el ofrecimiento de prueba sobre hechos que no tienen relacion con el delito, Glos. en d. cap. *licét causam* y Bald. en d. l. penúlt. véanse además sobre esta materia, al mismo Bald. en la l. 2. C. *de probat.* col. 1., en la l. 2. C. *de servit.* col. 6., en las ll. 8. y 9. d. tít., en la l. 18. C. *de testib.* col. 3., en la l. 8. C. *de contr. empt.*, en la l. 1. C. *qui accus non poss.* col. 14. y 15., en la l. últ. C. *de fals.*, en la l. últ. C. *de edict. div. Adr. toll.* col. 12. y en la l. 6. C. *de his quib. ut indig.*, Bart. en la l. 17. §. 3. D. *de adult.* y Juan de Plat. en la l. 2. C. *de delat.* Lo que llevo dicho y estas citas, fruto de un dilatado estudio, podrán servir al lector cuando el caso se le ofrezca.

(70) Nótese esta cláusula, la que parece reprobar la opinion general de que hice mérito en la glos. 21. de este tít., á saber que el hijo puede ser desheredado por otras causas mayores ó igualmente graves que las enumeradas por la ley. La novell. 115. cap. 3. no admitia semejante ampliacion, como lo sienta Alex. en la auth. *non licét. C. de lib. prœt.* col. 2. núm. 4.: pero nuestra l. de Part. es mas terminante al usar de la palabra *cualquier*, la que atendida la naturaleza de su significacion, lo abraza todo sin esceptuar cosa alguna, cap. *solitœ*, *de major. et obed.* y latamente Jas. en la l. 45. D. *de verb. oblig.* Entendida la ley en este sentido no puede tacharse de inhumana; además lo odioso de la desheredacion exige que la interpretacion sea restrictiva, segun la Glos. en la l. 2. D. *de lib. et posth.*, fundada en el mismo testo: cesan de consiguiente las limitaciones que se ponian al cit. cap. *solitœ.* La misma opinion que Alex. sostuvo el Hostiens. en la

LEY 9. *Como, quando el fijo es desheredado en el comienҫamiento del testamento, o en la fin, se entiende que es desheredado en todos los grados de la herencia.*

Grados llaman en latin, al establescimiento del heredero que es fecho primeramente, e a la sustitucion que fazen despues, quando dan sustituto a aquel heredero, e esto es puesto por semejanҫa (71). Ca, assi como ha en la escalera muchos grados, quel vno esta ante del otro, assi en los establescimientos de los herederos ha grados, que (*g*) esta vno ante quel otro, en que son llamados sustitutos: onde, si el padre deshereda su fijo, en ante del primero grado (72), o despues (73) de todos los grados de los herederos institutos, e sustitutos en su testamento, entiendese (74) que es desheredado de todos estos grados sobredichos.

(*g*) estan unos ante otros; que son llamados los que son en el primero grado herederos institutos, et en el segundo ó en el tercero grado et dende en adelante son llamados substitutos. Onde, Acad.

sum. *de testam.* §. *qualiter infirmetur* col. 6., cuya autoridad, dice Felin. en el cap. *Pastoralis, de rescript.* col. 1., no haberse alegado por intérprete alguno: viene en apoyo de la misma opinion Salic. en la l. 27. C. *de inoff. test.* ¿Podrá ser desheredado el hijo ó hija que contrajo matrimonio contra la voluntad de su padre? v. ll. antepenúlt. y penúlt. tít. 1. Part. 4. y lo que allí dije. [Véase tambien la adic. á la glos. 20. de este tít.] ¿Qué dirémos de la desheredacion hecha por el interés del desheredado y con el consentimiento del mismo? Alex. en d. auth. *non licét.* col. 1. y 2. opina que subsistirá, aunque no se funde en causa alguna de las espresadas por la ley.

(71) Añád. l. 10. §. 10. D. *de grad. affin.*

(72) Azon en la sum. C. *de lib. præt.* se espresa en los siguientes términos: la desheredacion debe hacerse respecto de todos los herederos, l. 3. §. 2. D. *de lib. et posth.*: puede hacerse respecto de todos los grados; y se entiende haberse verificado así cuando se espresa ó se escribe antes de todos los grados, ó concluida esta serie; y tambien, si verificándose la desheredacion en medio de las instituciones de heredero que constituyen un grado, concurre la circunstancia de hallarse tambien escrito en el grado anterior el sustituto cuyo llamamiento precede á la desheredacion, d. l. 3. §. 2., 3. y 5., l. 1. C. d. tít. y la Glos. y DD. en ella.

(73) Añád. d. l. 3. §. 2. y d. l. 1. C *de lib. præt.*

(74) Y la presuncion es tal en semejante caso, que segun la Glos. en d. l. no se admitirá la prueba en contrario; empero la generalidad de los DD. en d. l. y en la cit. l. 3. §. 2. eran de parecer opuesto. Si el hijo fuese desheredado respecto de uno de los herederos, la desheredacion es nula como dije en la glos. 1.: en efecto, consistiendo la desheredacion en el hecho de privar de la herencia, segun la l. 132. D. *de verb. oblig.*, no puede subsistir cuando se hace respecto de un heredero, arg. l. 19. D. *de lib. et post.*; si por lo que á este toca valiese, y no en cuanto á sus coherederos, tendríamos que el testador moriria parte testado y parte intestado, contra lo prevenido en la l. 7. D. *de reg. jur.* Ahora si no hubiese mas que un heredero instituido, valdria la desheredacion, aunque fuese concebida respecto de la persona del mismo heredero, segun se deduce *á sensu contrario* de la cit. l. 3. §. 3. de la l. 8. §. 3. D. *de bon. poss. contr. tab.* y de la l. 8. D. *de lib. et posth.*: lo mismo tendriamos siendo dos ó más los instituidos, si el hijo fuese escluido respecto de cada uno de ellos nominalmente, l. penúlt. D. *de inj. rupt.* De esta l. y otras análogas resulta que la cláusula puesta al principio ó al fin de una escritura, se refiere á todo el contenido de la misma; añád. l. 6. §. 6. D. *de edend.* y l. 30. D. *de leg.* 1. junto con lo anotado en ella. Infiérese tambien que la cláusula colocada entre dos capitulos, se refiere á ellos tan solo, d. l. 3. §. 2. y cap. *secundo requiris, de appell.* Lo dicho tiene tambien lugar en las disposiciones penales, siempre que la disposicion no puede entenderse repetida sin la pena; empero no, cuando la disposicion y la pena no fueren inseparables, segun la glos. magistral en la clement. 2. *de vita et honest. cleric.* empero, es de parecer contrario la Glos. en el cap. *de mulcta, de prebend.*, al que adhiere allí Abb. col. últ., donde sienta que si al fin de la ley se hace alguna adicion, se entiende repetida en ella la pena puesta al principio, dado que lo que se adiciona viene á ser parte de lo que ya existia. Sobre la materia véanse Alex. en d. l. 30., Felin. en el cap. *causam quæ*, de *rescript.*, Abb. en dicho cap. col. 2. y en el cap. *Ecclesia vestra*, *de elect.*, 6. notab. junto con el mismo testo, Glos. en el cap. *constituimus*, 3. q. 5., en particular Bald. en la l. 1. C. *de legit. hœred.* y en el §. penúlt. *si de feud. fuer. controv. int. dom. et agn.* y Bart. en las ll. 3. D. *de vi bon. rapt.*, 29. §. 6. D. *de adult.*, 3. D. *de ann. leg.* y últ. §. penúlt. D. *de liber. leg.*: además sobre la pena puesta al fin de la ley v. Juan de Plat. en la l. penúlt. C. *de aquæd.*, y sobre la cláusula continuada al fin de la escritura, v. l. últ. D. *de reb. dub.* y allí Bart. y Paul. de Castr., Bald. en la l. 1. D. *de Constit. Princ.* y en la l. 16. C. *si cert. pet.* y añád. cap. *inquisitioni, de appell.* Adviértase, que si la cláusula no puede cómodamente referirse á las que preceden, no se entiende repetida en ellas,

LEY 10. *Como el testamento en que el padre non deshereda a su fijo, nin fabla del, non vale.*

Præteritio, en latin, tanto quiere dezir en romance, como pasamiento que es fecho calladamente, non faziendo el testador mencion en el testamento, de los que auian de heredar lo suyo por derecho. E esto seria, como si el padre establesciesse algund estraño (75), o otro su pariente por su heredero, non faziendo enmiente de su fijo, heredandolo, nin desheredandolo (76). Pero el testamento que fuesse fecho en esta manera, non valdria (77); e porende ha menester, que quando el padre quisiesse que vala su testamento, e ouier sabor de desheredar su fijo en el, que

l. 1. §. 8. vers. *hoc edicto* D. *de postul.*, y la Glos. y DD. en la l. 11. D. *de jurisdict. omn. judic.* Además, cuando las cláusulas precedentes tienen un objeto especial, no se referirá á las mismas la cláusula general que se halla al fin, l. 119. D. *de verb. oblig.*, l. 30. D. *de leg.* 1. y allí Bart., cap. *cum dilecti.*, *de donat.* y allí Cardin. é Imol. y Bald. en la l. 1. C. *de legit. hæred.* Tampoco se referirá la cláusula final á todas las que preceden, cuando tiende á modificar alguna de ellas, por egemplo, si se espresa una condicion en seguida del legado que se hizo en el último lugar del testamento, l. 27. D. *quand. dies leg. ced.* y Bart. en la l. últ. D. *de reb. dub.* Tampoco se entenderá referente dicha cláusula á la disposicion que por ella resultara anulada ó destruida, Paul. de Cast. en d. l. últ. y en la l. 1. C. *de lib. præt.* Adviértase tambien que si la cláusula se intercala en un capítulo, no se referirá á los demás, arg. d. l. 3. §. 2., Glos., Bart. y la generalidad de los DD. en d. l. 1. C. *de lib. præt.* y Abb. en d. cap. *secundó nequiris* y bellamente en el consil. 75. En los lug. cit. pueden verse sobre la materia especies notables, las que he resumido aquí.

(75) Lo mismo tendrémos si fuesen instituidos los otros hijos, l. 10. §. últ. D. *de bon. pos. contr. tab.*

(76) Tenemos aquí, que se llamará preterido el hijo cuando no se halla instituido ni desheredado, aunque se haga mencion de él en el testamento, l. 31. C. *de fideicom.* y allí Bart., el mismo en la l. 3. C. *de lib. præt.* y Bald. en la auth. *ex causa.* C. d. tít. col. 1.: tambien se entenderá preterido el hijo, aunque se le deje la herencia por fideicomiso, l. 27. §. 12. D. *ad Trebell.* y allí Bart. y Paul. de Castr. Empero ¿el hijo á quien el padre dió en vida la legítima podrá decir de nulidad el testamento por hallarse preterido? Bart. junto con otros DD. en la l. 29. §. 5. D. *de lib. et posth.* col. 4. alegando la l. 8. §. 9. D. *de inoff. testam.*, parece opinar negativamente: en efecto, aquel á quien no se debe la legítima no puede de ordinario impugnar el testamento, dado que ninguna injuria se le causa, Alex. cons. 180. vol. 5. col. 2. y Déc. cons. 86. n. 2. Añádase, que esto se deduce de la l. 6. C. *de inoff. testam.*, y esceptúese el caso que el padre haya instituido una persona torpe, arg. l. 3. C. *si quis á par. fuer. manum.* y Paul. en la l. 21. C. *de inoff. testam.*; y lo mismo tendrá lugar, segun el mismo Paul., respecto de los hermanos; empero lo contrario opina en cuanto á estos Salic. en la l. 27. C. *de inoff. testam.* cuest. 4., es tambien respecto de los hijos, y á la cit. l. 3. contesta que habla del caso en que el padre fuese preterido en cuanto al todo: lo mismo que Paul. opinan Bart. en la novell. 1. §. 1. y Ang. en d. l. 21. y esto parece ser lo mas cierto.

(77) Ya esté el hijo bajo el poder de su padre l. 30. D. *de lib. et posth.* y l. 1. D. *de inj. rupt.*, ya fuere emancipado, segun el derecho de las novel. y esta l. de Part. la que habla indistintamente; y así opina Bart. en d. l. 1. y en la l. 29. §. 10. D. *de lib. et posth.* Limítese con Bart. esta disposicion, por la l. 14. §. *si prius* D. *de bon. poss. contr. tab.* De esta ley inferia cierto abogado bastante docto, que si un padre autorizado para crear un mayorazgo á favor de uno de sus hijos y de los descendientes del mismo, lo dispuso en testamento á favor del primogénito y de su descendencia, y despues habiendo fallecido dicho hijo dejando hijos, el padre hizo segundo testamento pasando por alto otro hijo que era fraile novicio al parecer de S. Francisco, y dispuso el mayorazgo á favor del segundogénito; inferia, digo, que este segundo mayorazgo habia de ser válido; decision que procederá, si seguimos la opinion de Paul. de Castr. cons. 327. vol. 1. y en la l. 21. §. 3. C. *de testam.*, aunque en el primer testamento fuesen instituidos los sucesores legítimos; empero lo contrario sostiene Alex. en d. §. 3. al fin, como dije en la l. 22. tít. 1 de esta Part.: tal vez en virtud de la auth. *ex causá* C. *de lib. præt.* deberia sostenerse el segundo mayorazgo, si no se hubiese dispuesto á manera de institucion: elija el lector. Otra cuestion: el padre en los últimos momentos instituyó un mayorazgo á favor de su hijo, disponiendo que diese cierta cantidad á un hijo espurio; añádase que el testamento se rompe por causa de pretericion, ó bien que se alega no poder el espurio recibir la manda, porque vendria á tener mas que los hijos legítimos; suponiendo ahora que se falle contra el espurio, ¿la manda cederá en provecho del mayorazgo ó bien se adjudicará á los demás hijos? Lo último parece mas probable, arg. l. 23. D. *de leg. præst.*, segun la lectura de la Glos., y Bart. en la l. 3. §. 4. d. tít. ¿Qué dirémos si el

muéstre razon cierta por que lo faze, nombrandola, diziendo señaladamente (78) que por aquella razon lo deshereda; ca de otra guisa non valdria (79) el testamento. Pero dezimos, que maguer diga el padre en su testamento razon cierta, por qué deshereda su fijo, o su nieto, que non deue ser creydo, a menos de la prouar (80) el mesmo, o aquellos que establescio por sus herederos. E si por ventura el padre non dixesse en su testamento razon cierta, por que desheredaua a los que descienden del, o por que non fazia enmiente dellos (81) en su testamento, non la po-

hijo preterido deja transcurrir un año sin entablar accion alguna? La Glos. en la l. 7. §. últ. D. *de carb. edict.* opina que quedará privado de la accion de nulidad, en lo que conviene Bart. en la l. 17. D. *de inj. rupt.* col. penúlt., y en la l. 2. C. *de posth. hæret instit.*: empero, Bald. en la l. 1. C. *de leg. hæred.*, fundado en el mismo testo, tacha de sumamente errónea la opinion de Bart., é interpretando la cit. Glos. á d. l. 7., dice, que la palabra *interim* manifiesta que segun la misma Glos. el testamento puede ser acusado de nulidad; sin embargo, añade, mientras esta accion no se instituye, y cuando por el transcurso del año el preterido queda privado de la *bonorum possessio contra tabulas*, el testamento se sostiene por equidad pretoria, de suerte que el heredero instituido ejerce las acciones y lucra los frutos de la herencia, d. l. 7. §. últ.; lo mismo sienta en la l. 2. C. *de bon. poss contr. tab.* col. 1., y de esta suerte opinan tambien Alex. en d. l. col. 9. y Ang., Paul. de Castr., Ludov. y Franc. de Rampon. é Imol. en d. l. 17., y otros DD. citados por el último. Siendo nulo el testamento cuando el hijo es preterido, no podrá adirse la herencia por el heredero instituido, v. l. 84. D. *de acquir. hæred.*, l. 4. §. últ. D. *de bon. poss. contr. tab.* y la Glos. y DD. en la l. 2. C. d. tít. [Estas cuestiones y las demás de la misma naturaleza, son inútiles para nosotros, pues que las Partidas no dieron cabida á las *bonorum possessiones*, introducidas por los pretores romanos, una de las cuales, la *secundum tabulas*, tendia á sostener el testamento nulo por derecho civil á causa del vicio de la pretericion, esto es en el caso que el hijo preterido no reclamase. Nuestra ley declara sin limitacion alguna que no valdrá el testamento en que el hijo sea preterido ó desheredado sin espresion de justa causa: de aquí se sigue que la sucesion abintestato quedará inmediatamente abierta de derecho, y que deberá calificarse de poseedor sin título el que lo sea apoyado en semejante testamento.] ¿Sí la hija preterida no quiere instituir la accion de nulidad, podrá pedir el adote al heredero estraño? Opina afirmativamente Bald. en la l. últ. C. *de de dot. prom.* ¿Él hijo preterido podrá aprobar el testamento en perjuicio de sus hermanos, quienes de otra suerte sucederian con él abintestato? Bald. en d. l. 2. col. 1. está por la negativa, fundado en la l. 10. §. últ. D. *de bon. poss. contr. tab.*: varian en esta cuestion las opiniones; v. Alex. en d. l. 2. col. 2.

(78) Añad. auth. *non licét. C. de lib. præt.* y la novell. de la que deriva: limítese esta disposicion al caso que el hijo viene llamado á la sucesion: cuando por beneficio de la ley se encuentra participe de algun derecho, entónces es escluido como ingrato, aunque el padre no esprese la causa, l. últ. C. *de sec. nupt.* y allí Bald. 2. lect.

(79) Aprueba la opinion de Joann. en d. auth. *ex causá*, opinion que es la general y de la que se ocupan Bart. y otros en la l. 1. D. *de testam.* y Bald. y Salic. en d. auth.; y se reprueba la de Fulg. en d. auth. é Imol. en d. l. 1., quienes sostenian, que aun por derecho de las novelas el testamento no era nulo, por mas que la desheredacion se hubiese hecho sin la espresion de causa legítima, y de consiguiente que en este caso era menester la accion de *inofficioso*.

(80) Véase lo que dije en la l. 8. de este tít.: la ingratitud debe efectivamente probarse, d. l. últ. C. *de sec. nupt.*, donde Bald. establece que en defecto de prueba no procederá la delacion del juramento, dado que la ley exige la prueba efectiva. El fundamento de la misma ley en este punto es evidente: la legítima es una deuda legal, y de consiguiente el padre no puede librar de ella á sus herederos con espresar una causa que no tenga mas apoyo que su mero dicho, l. 13. D. *de adim. leg.* y allí Bart.

(81) *A sensu contrario* se deduce que valdrá el testamento quedando escluido el hijo, si la pretericion se hace con la espresion de causa y esta se prueba; véase la Glos. en la novell. 1. cap. 1. §. 4. Bald. en la auth. *ex causá* C. *de lib. præt.* col. 6, nos dá la fórmula de esta pretericion en los siguientes términos; *talem filium meum ideo non institui, quia me vulneravit,* ó bien, *ideó eum prætereo*, ó *non instituo, neque exhæredo quia*, etc. Hablando indistintamente nuestra l. de Part., parece que la pretericion en los términos indicados producirá el mismo efecto que la desheredacion, aunque el hijo estuviere bajo la patria potestad. Empero la Glos. en d. §. 4. sostiene que siendo el hijo suyo heredero, será nulo el testamento en que sea preterido, aunque se hubiese espresado la causa; Alex. en d. auth. col. 4. dice ser esta la opinion general, si bien reconoce con Ang. y Paul. de Castr. en d. auth. y en la l. 3. d. tít., que si la causa espresada se probare, deberá quedar el hijo privado de la accion de nulidad, cual sucumbe en la queja de inoficioso, probándose la que se espresó en la desheredacion; véase al cit. Alex.

dria despues mostrar (82) el heredero, nin deue ser oydo sobre esta razon; maguer diga, que el prouara contra el fijo, que erro en tal manera contra el padre, por que deuia ser desheredado: ante dezimos, que el fijo deue auer la heredad de su padre, e el otro estraño, que fue escrito en el testamento, non deue auer ninguna cosa.

LEY 11. *Por quales razones puede el fijo desheredar al padre, de los bienes que ouiesse apartadamente, e por quales non.*

Ocho razones son ciertas, por que los fijos pueden por qualquier dellas, desheredar sus padres, e sus madres, o los parientes de quien descienden, de aquellos bienes que fueron suyos propiamente. E pues que en las leyes ante desta mostramos las razones por que los padres pueden desheredar los fijos, porende conuiene que mostremos, cuales son estas ocho razones. E dezimos, que la primera razon es, si el padre se trabaja de la muerte de su fijo, acusandole que auia fecho tal yerro, por que deue morir, o perder algun miembro (83); fueras ende, si la acusacion fuesse fecha sobre cosa que tocasse a la persona del Rey. E la segunda razon es, si el padre se trabaja (84) de muerte de su fijo, queriendolo matar con yeruas, o con fierro, o con algund maleficio, o de otra manera qualquier que fuesse. La tercera es, quando el padre yoguiere con la muger o con la amiga (85) de su fijo. E la cuarta (86)

(82) Nótese esto por lo que dije en la glos. 68. y añad. novell. 115. cap. 3. §. últ. vers. *sive igitur*. ¿Falleciendo intestado el padre, quedará escluido de la sucesion el hijo, contra quien se prueba una causa legítima de desheredacion? Esta l. se refiere únicamente al caso que en el testamento no se hubiese guardado la forma de la desheredacion ó pretericion del hijo, y entónces quiere que suceda abintestato á su padre, con preferencia al heredero escrito: callando pues la l. acerca del supuesto indicado, parece que probándose la ingratitud por los sucesores legítimos, deberá ser escluido el hijo, cual lo es el hermano en igualdad de caso, l. 12. de este tít.; y en estos términos podria sostenerse la opinion de Ang. en la novel. 22. cap. 46. §. 4., de la que hice mérito en la l. 8. de este tít. Empero resístelo la l. 30. C. *de inoff. testam.* donde espresamente se establece, que el ingrato no podrá ser escluido de la sucesion, si el testador no le hubiese desheredado; no siendo lícito á los herederos acusarle de ingratitud, cuando el testador no lo hubiese hecho: á esto podria contestarse que dicha tambien habla del supuesto que se haya otorgado testamento: empero pudiera replicarse que si el hijo no es escluido de la herencia, cuando se abre la sucesion intestada, por no haber sido legítimamente desheredado en el testamento, es decir, cuando el padre manifestó acusarle de ingratitud, l. 9. C. *de suis et leg. hæred.*; con menos razon se pretenderá escluirle en el supuesto de que se trata, en que no existe indicacion alguna relativa á desheredacion ni á ingratitud. Además, lo que la l. 12. de este tít. establece respecto de los hermanos, no debe estenderse á los descendientes ni á los ascendientes, á quienes la legítima y la herencia les son debidas en cierta manera, l. 7. D. *unde liberi*; y atendido que se trata de personas entre las cuales son mas fuertes los vínculos de la naturaleza. Esta es la opinion mas segura y equitativa.

(83) El cap. 4. de la novell. 115. de la que esta l. se ha tomado, dice únicamente, *si parentes liberos in interitum vitæ tradiderint*; téngase pues presente nuestra l. en este punto, y además por lo que dije en la l. 4. de este tít. ¿Podrá el hijo desheredar á su padre, si este le hubiese acusado de un crímen grave que importa la pena de destierro ó de infamia, aunque no la de muerte ni la de mutilacion? Así parece, atendido que por igual causa el padre puede desheredar al hijo, segun la l. 4. de este tít. y la cit. novell. cap. 3. §. 3.; en efecto el padre y el hijo son correlativos, pues que no puede concebirse el uno sin el otro, Jas. en la l. 4. §. *Cato D. de verb. oblig.* col. 4.: tambien en las materias penales se arguye de uno á otro de dos correlativos, Jas. latamente en la l. últ. C. *de indict. vid. toll.* Empero lo contrario establecen esta l. y el cit. §. 3., haciendo diferencia entre el padre y el hijo, atendido que son distintos los deberes respectivos; y en efecto comete mas grave falta el hijo que acusa á su padre, que este constituyéndose acusador de su hijo: además, lo dispuesto acerca de uno de los correlativos, no se estiende al otro, si hay disparidad de razon, Bart. en d. l. últ. y en el cit. §., fundado en la l. últ. C *de resc. vend.* Así es que decia Bald. en la l. 4. C. *de serv. fug.*, col. 4. que si la ley previniese que se confinaran los hijos del proscrito, no se estenderá á las hijas, dado que no inspiran el mismo temor que los varones, l. 5. C. *ad leg. Jul. majest.* Agréguese á lo que llevamos dicho, que atendida la intensidad del amor paternal, no se presumirá fácilmente que el padre acuse á su hijo, movido por la depravacion de su alma, l. últ. C. *de curat. fur.* y l. 8. D. *quod. met. caus.*, y hace al caso la l. 3. C. *de patr. potest.* junto con lo anotado por Bald.

(84) Añád. l. 4. de este tít. y la cit. nov. 115. cap. 4. §. 1.

(85) Añád. d. l. 4. y el cit. cap. 4. §. 3. — * Véa-

razon es, quando el fijo quiere fazer testamento, de los bienes de que ha poder de lo fazer con derecho, e el padre lo estorua por fuerza, de guisa que lo non puede fazer. La quinta es, si el marido se trabaja de muerte de su muger, o la muger de muerte de su marido, dandole yeruas, o de otra manera cualquier. Ca por tal razon puede el fijo destos desheredar (87) qualquier de los que desto se trabajasse. E la sesta razon es, quando el padre non quiere proueer al fijo desmemoriado (88) o loco, de las cosas que le son menester. La setena es, cuando el fijo cayesse en catiuo, e el padre non le quisiesse redemir. Ca desheredarle puede por tal razon el fijo. E todas aquellas cosas que dichas son en las leyes (89) deste titulo, que fablan del padre, quando cae en catiuo, que deuen ser guardadas en los bienes del padre, essas mesmas han lugar, e deuen ser guardadas en los bienes del fijo que cayere en catiuo, si muriesse en catiuidad, o si saliesse ende ante que muriesse. La octaua razon es, quando el padre es Herege (90), e el fijo es Catholico; ca puedelo desheredar el fijo por esta razon. E sobre todo dezimos, que cuando el fijo quiere desheredar a su padre, que ha menester, que diga señaladamente (91) alguna de las ocho razones sobredichas, por que lo faze, e que sea averiguado: e si non lo fiziere assi, non valdra el testamento (92) quanto en el desheredamiento del, mas las mandas, e las otras cosas (93) que el testador establesciesse en el testamento, son valederas.

LEY 12. *Como el ome puede desheredar a sus hermanos, con razon, o sin ella.*

Las razones por que pueden ser desheredados los parientes que descienden, e que suben por la liña derecha, mostramos fasta aqui. E agora queremos mostrar, en que manera pueden ser desheredados los que estan en la liña de trauieso, assi como los hermanos. E dezimos, que el vn hermano puede desheredar al otro con razon, e sin razon (94). E aunque non fiziesse mencion del en el testamento, puede dexar lo suyo a quien quisiere, quando non ouiere fijos, nin otros que descendiessen del de la liña derecha, nin padre, nin auuelos; fueras ende, si establesciesse por su heredero atal ome, que fuesse de mala vida, o enfamado (95). Ca estonce non valdria el establescimiento de tal heredero; ante dezimos que el hermano (96) puede quebrantar el testamento (97),

se la adic. á la glos. 31.

(86) Añád. d. l. 4. y el cit. cap. §. 4.

(87) Nótese esta causa de desheredacion. Acerca de si el hijo puede por semejante delito acusar á su padre, véase Salic. en la l. 17. C. *qui accus. non poss.* y lo que digo en la l. 2. tít. 1. Partida 7.

(88) Añád. d. cap. 4 §. 6., la auth. *liberi* C. *de episc. aud.* y la l. 5. de este tít.

(89) En la l. 6. de este tít., en d. cap. 4. y en la auth. *si captivi* C. *de episc. et cleric.*

(90) Añád. d. cap. 4. §. 8. y l. 7. de este tít.

(91) Añád. d. cap. 4. y la auth. *non licét.* C. *de lib. præt.*

(92) Aprueba la opinion comun, espuesta por Alex. en la auth. *ex causa* C. *de lib. et præt.* col. 3, de la que se separaba Juan de Imol. en la l. 17. D. *de inj. rupt.*

(93) Añád. d. cap. 4. §. 9., auth. *ex causa* C. *de lib. et præt.* y l. últ. tít. 8. de esta Part.

(94) Añád. l. 2. de este tít., ll. 21. y 27. C. *de inoff. testam.*; l. 1. D. d. tít., el §. 1. Ins. d. tít. y el princ. de la nov. 1.

(95) Añád. d. l. 27. y la l. 2. de este tít. Son personas torpes las prostitutas, l. 3. princ. D. *si quis á par. fuer. manum.*; y en general todos los infames, así de hecho como de derecho, Glos. y DD. en d. §. 1. Instit. *de inoff. testam.* y en la cit. l. 27. d. tít.: Juan Fabr. en el cit. §. dice ser tambien personas torpes los desolladores de caballos, jugadores, disolutos, los dominados por el vicio de la embriagez, y los hombres de mala vida: de ahí es que, segun el cit. D. pertenecerá á la misma clase la muger que se prostituye, aunque no sea mercenaria. Se referirán á la misma clase tambien los usurarios, segun Bald. y Salic. en la l. 20. C. *de his qui not. inf.*; además los hijos de sacerdote, segun Jas. citando á otros, en d. l. 27.: así mismo la propia concubina, el desterrado y el que ha sido condenado por heridas ú otro delito que irrogue infamia, segun Ang. en d. l. 27. princ. y en la l. 1. al fin, D. *de inoff. testam.*: adviértase respecto del condenado por heridas, que si no media otra circunstancia no se tendrá por persona vil en el derecho, como dice Felip. Corn. cons. 176. vol. 4. n. 8.

(96) Entiéndase del que es hermano *germano*, ó cuando menos *consanguineo*, pero no del uterino, segun d. l. 27., de la que esta de Part. se ha tomado. Además limítese al hermano nacido de legítimo matrimonio, segun Bald., Salic. y Jas. en d. l. y Ang. en l. 1. D. *de inoff. testam.*: no tendrá pues lugar en el hermano natural, aunque sea legitimado por rescripto del príncipe, segun Salic. y Jas. en d. l. 27., arg. l. 9. princ. C. *de nat. lib.* Tampoco debe estenderse á los hijos de los hermanos, l. 21. C. *de inoff. testam.*

(97) Lo mismo tendrémos si hiciere donaciones inoficiosas á personas torpes, v. Glos. y Bart. en la nov. 92: sobre la palabra *filiorum.* Poco im-

a auer la heredad (98) de su hermano, prouando esto ante el Judgador assi como deue. Pero tres razones (99) son, por que se non quebrantaria el testamento en que el hermano ouiesse establescido por su heredero a ome, maguer fuesse enfamado (100), o de mala vida. La primera (101) es, si el testador ouiesse desheredado a aquel su hermano, por razon que se ouiesse trabajado de su muerte en alguna manera. La segunda es, si en algun lugar, o tiempo, le ouiesse acusado criminalmente a muerte, o perdimiento de miembro. La tercera es, si le ouiesse fecho perder la mayor partida de sus bienes; e avnque los non perdiesse, si non finco por el de gelos fazer perder. Ca por qualquier destas tres razones sobredichas, que fueren aueriguadas, puede el vn hermano desheredar al otro, maguer establesciesse a ome mal enfamado por heredero. E aun dezimos, que si pudiere ser prouado, quel hermano erro contra el otro en alguna de las tres maneras que diximos, que si el hermano a quien es fecho el yerro, muriesse sin testamento (102), non podria el otro que auia errado contra el, demandar, nin heredar ninguna cosa de los bienes del, por razon del parentesco.

porta que el hermano sea preterido ó desheredado, segun Salic. y Paul. de Castr. y otros en d. l. 27. En virtud de la auth. *ex causa C. de lib. præt.*, de la l. siguiente de este tít. y de la l. últ. tít. 8. de esta Part., ¿subsistirán los legados si se rescinde el testamento en fuerza de la queja de inoficioso instituida por el hermano preterido ó desheredado? Trata esta cuestion Salic. en la cit. l. 27. cuest. 4. y la resuelve negativamente, considerado el rigor del derecho; pero conviene en que es mas equitativa la opinion de los que deciden por la validez de las mandas, y añade que sobre este punto deberia recaer una decision del Soberano: viene en apoyo de esta opinion la cit. l. últ. t. 8. de esta Part.

(98) Apruéba aquí la opinion de Guilliel. citada por Paul. de Castr. en d. l. 27., á saber, que la rescision del testamento en fuerza de la queja de inoficioso instituida por el hermano, es total y no limitada á la legítima: lo mismo sostiene Bart., (si es él á quien pertenece aquel comentario, en el princ. de la nov. 1. col. 3), fundado en la l. 3. D. *si quis á par. fuer. manum* ¿Qué dirémos si al hermano se le hubiese dejado algo en el testamento? ¿Quedará, á semejanza del hijo, circunscrito á la accion para el suplemento, á tenor de la l. 30. C. *de inoff. testam.* y de la l. 5. tít. 8. de esta Part? Así juzga la Glos. en d. l. 30., y esta es la opinion mas general, segun atestigua Corn. cons. 176. vol. 4.; así piensa tambien Bart. en la cit. nov. 1. princ. col. 3.; si bien Guilliel. y Salic. defienden la contraria en d. l. 27.

(99) Háse tomado esto de la nov. 22. cap. 46. §. 4. y cap. 47. La desordenada conducta y la infamia, las que antes de la cit. nov. escluian de la queja de inoficioso al hermano, por la l. 11. C. *de inoff. testam.*, le escluirán tambien ahora? Discute este punto Salic. en d. l. 27. 3. oppos., y concluye afirmativamente, fundado en que por ser como intrínseca la indicada causa de esclusion, é introducida por la ley por correlacion con la torpeza ó infamia del instituido, no debe entenderse corregida ó borrada: puede considerarse como regla innata de derecho natural y civil, que la persona dolosa no puede imputar el dolo. Así pues, si bien segun el mismo Salic., no se admitirán otras causas fuera de las que la ley espresa, siempre que no estén fundadas en la misma naturaleza, no se desechará dicha causa, por ser intrínseca y cuasi innata.

(100) Aprueba la tercera interpretacion de la Glos. en d. cap. 47.

(101) La disposicion de nuestra ley es aquí algo mas lata que el cit. cap. 47., donde se lee: *qui mortem voluit fatri, aut criminalem inducere contra eum inscriptionem, aut substantiæ ejus properavit inferre jacturam.* Téngase pues presente nuestra ley.

(102) Tenemos aquí que cualquiera de las causas espresadas por la ley privará al hermano de la sucesion, aunque sea abintestatato: apruébase pues la primera interpretacion de la Glos. en la cit. nov. 22. cap. 46. §. 4., con la que está de acuerdo allí Ang. Empero Bart., Bald., Guilliel. y otros en la l. 27. C. *de inoff. testam.*, impugnando dicha interpretacion, sostenian que la ingratitud no privaba de la sucesion abintestato al hermano; y así tambien opinaba Aug. en la l. 1. al fin D. *de inoff. testam.*, como dije en la glos. 68. Téngase pues presente nuestra ley, en cuanto aprueba el parecer de la Glos., con la que está tambien de acuerdo Salic. en d. l. 27. cuest. 8., añadiendo que esto tendrá lugar si el hermano espresó la causa de ingratitud contra su hermano ingrato, arg. l. 9. C. *de suis et leg. hæred.*, con la circunstancia además de haber seguido dicha ingratitud hasta el último instante. Dudo mucho que pueda limitarse de esta suerte la disposicion de nuestra l., atendidos los términos generales con que se espresa, y sin hacer distincion alguna; me inclino á creer que será bastante que el hermano no haya remitido espresa ni tácitamente la ofensa: además la cit. l. 9. no habla del hermano, sino de la abuela, respecto de la cual es indispensable la pretericion ó desheredacion con espresion de causa, segun la nov. 1. cap. 1. §. 4. y las ll. 4. y 10. de este tít. de Part. Además por esta l. y la 10. se ve que se quiso es-

LEY 13. *Porque razon deuen perder los herederos la herencia que deuian auer.*

Seis razones principales mostraron los Sabios antiguos, que por cada vna dellas deue perder el heredero la herencia del finado. La primera (103) es quando el señor de los bienes fue muerto (104) por obra, o por consejo de algunos de su compaña, si el heredero, sabiendo (105) esto, entrasse la heredad (106), ante que fiziesse querella (107) al Juez de la muerte de aquel cuyos bienes queria heredar. Mas si al testador ouiessen muerto otros estraños (108) que non fuessen de su compaña, bien podria su heredero entrar la herencia, e despues fazer querella de la muerte del, fasta cinco años (109). E si fasta este tiempo non

tablecer diferencia respecto de la desheredacion ó pretericion sin causa, entre los ascendientes y descendientes de una parte, y los hermanos de otra: en efecto, los primeros no quedan privados de la sucesion abintestato, aunque se pruebe la ingratitud, siempre que no se hubiese espresado la causa; mientras que en igualdad de caso el hermano queda escluido: añádase lo que dije en la cit. l. 10. Los demás parientes no podrán ser escluidos de la sucesion dicha, so pretexto de ingratitud, l. 6. D. *unde cognati* y Salic. en d. l. 27.

(103) Colócase aquí la materia del Senadoconsulto Silaniano, el que prohibia al heredero adir la herencia y pedir la *bonorum possessio*, mientras no hubiese vengado la muerte del difunto, haciendo sugetar á tormento los esclavos y pidiendo la pena capital contra los culpables; y el objeto era impedir que el heredero por su interés tratara de ocultar el delito de los esclavos hereditarios, l. 3. §§. 18. y 29. D. *ad Silan.* y l. 3. C. *de his quib. ut indig.* Sin embargo, si el heredero fallecia, mientras se preparaba para dar cumplimiento al Senado consulto, transmitia á sus sucesores el derecho de adir, l. penúlt. C. d. tít., Azon. en la sum. C. d. tít. y la cit. l. 3. D. §§. 30. y últ.

(104) ¿Qué dirémos si esto no consta? v. l. 6. §. 2. D. *ad Syllan.* y allí Ang.

(105) Otra cosa sería si lo ignorase, ll. 7. y 9. C. *de his quib. ut indig.*

(106) Aprueba la opinion de Hugo referida por la Glos. en la l. 13. D. *ad Sillan.*, y reprueba la de Joann. y Azon., la que se halla tambien allí indicada por la Glos. La opinion de Hugo se encuentra prohijada por la Glos. en la l. 3. C. *de his quib. ut indig.* y en la l. 3. §. 18. D. *ad Silan*; y en apoyo de ella viene la l. 5. §. 2. D. d. tít.

(107) Esto manifiesta ser bastante que se ponga la acusacion, es decir, que no hay necesidad de esperar el castigo de los asesinos y de los esclavos que no vinieron en ausilio de su dueño. Salic. en la l. 9. C. *de his quib. ut indig. 2 oppos.* dice que en este punto los testos se hallan al parecer en discordancia; pues que la l. 3. §. 18. y la l. 5. §. 2. D. *ad Sylan.*, parece requieren que el heredero aguarde el castigo de los culpables, mientras que el §. 9. de la cit. l. 3. y la l. C. 3 *de his quib. ut indig.*, solo exigen al parecer que los esclavos del difunto hayan sido sujetados al tormento: añade que algunos DD., interpretando los últimos testos por medio de los primeros, distinguen entre el asesinato manifiesto y el oculto, exigiendo en el primer caso que el heredero aguarde el suplicio de los culpables, pero no en el segundo. El propio Salic. adoptando la misma distincion, subdistingue en el segundo caso, esto es, en el de ser oculto el asesinato; exigiendo aun entónces que el heredero aguarde el castigo de los reos, si al atormentarse los esclavos, se obtiene alguna confesion que sea bastante: con el parecer de Salic. conviene allí mismo Alex. A la verdad esta distincion es muy á propósito para conciliar las citadas ll., y parece que á tenor de la misma podria entenderse nuestra l. de Part., limitándola y supliéndola á la ayuda de las romanas. Téngase bien presente lo dicho, dado que en este punto no se observa uniformidad en el testo de las leyes, ni entre los pareceres de los DD., y atendido que nuestra misma l. se espresa sobre el particular en términos muy cortos. Si al lector le ocurriese algun caso de esta naturaleza, esa pequeña glos. podrá servirle para la inteligencia de los DD, de las cit. ll. y de esta misma de Part.

(108) No distingue aquí la ley entre el asesinato manifiesto y el oculto; así que parece que en entrambos casos el heredero podrá adir antes de haber vengado la muerte del difunto, y este fué el parecer de Azon. en la Sum. C. *de his quib. ut indig.*, citado por la Glos. en la l. 9. C. d. tít.; empero parece hallarse en oposicion con la l. 6. al fin d. tít., como advierten Bart., Salic. y Paul. de Castr., en d. l. 9., quienes juzgan que en el supuesto de haberse causado la muerte manifiestamente por un estraño, el heredero no podrá adir, mientras no la hubiese vengado: ahora bien, como nuestra ley habla en términos generales, deberá entenderse y limitarse á tenor de la cit. l. 6.; y esta limitacion se halla apoyada mas abajo en esta misma ley cuando dice, *la segunda razon es*, etc.

(109) Esta disposicion no comprende al heredero de aquel que fué asesinado por su misma familia: basta que este heredero no admita la herencia antes de haber sujetado á tormento á los esclavos, y vengado al difunto, como dije en la glos. 107.: así opina Paul. de Castr. en la l. 1.

la fiziere, deuela perder (110), e deuegela tomar el Rey, assi como a ome que la non meresce (111). La segunda razon es, quando el heredero abre el testamento (112) de aquel que lo establescio, ante que fiziesse la acusacion de los matadores del, seyendo sabidor de los que le auian muerto. Pero si non lo supiesse, o fuesse aldeano necio (113), estonce non perderia la herencia por esta razon.

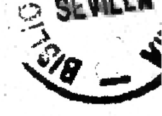
C. *de his quib. ut indig.* col. 2., donde dice que parece no debe prefijársele término alguno mientras no ada la herencia, atendido que ese plazo indefinido es el único que señala el senadoconsulto: lo mismo parece que tendrá lugar, por lo que llevo dicho en la Glos. anterior, aun cuando el asesino fuese un estraño, si el delito fué manifiesto: de esta suerte opina tambien Salic. en d. l. 1. 4. oppos. allí; *ante aditam statuere non potest quia totum tempus anterius est ei pro dilatione datum ad accusandum, neque punitur si non accusat, nisi adeat.* Téngase presente nuestra ley en cuanto en el caso de que se trata, concede el término de 5 años á contar desde la adicion de la herencia: el derecho romano no lo habia fijado, así es que decia Azon en la Sum. C. *de his quib. ut indig.* que el juez deberá marcarlo; al paso que no considera improbable que la ley se refiriese al tiempo necesario para proponer la acusacion, ó bien al de cinco años; y esto último fué lo que adoptaron los copiladores de nuestro código: la Glos. en d. l. 1. opinaba tambien que el término debia ser arbitrario; véanse allí los DD. Podrá tal vez el Juez en virtud de justa causa disminuir el plazo de los 5 años, arg. l. 11. C. *de accus.* y l. 7. D. *de injur.*: en efecto, mediando justa causa puede el juez en uso de sus facultades moderar las dilaciones establecidas por la ley, segun lo anotado en el cap. 1. *de dilat.* y allí Abb. col. 2. y en el cap. *cum sit romana, de appell.*

(110) Añád. l. 21. D. *ad Sillan.*, ll. 1. y 9. C. *de his quib. ut indig.* y l. 1. tít. 3. lib. 5. del Ordenam. Real, la que exime de esta pena á los menores, y á las mugeres, y exije que el asesino se encuentre en la misma provincia, de suerte que pueda acusársele: además por las ll. 6. C. *de his quib. ut indig.* y 3. §. 21. D. *ad Sillan.* y por esta misma de Part. mas abajo, se exime de la misma pena al labrador rústico, si bien sostuvo lo contrario Paul. de Cast. en cit. l. 1., y equivocadamente segun Alex. en d. l. y Jas. en la l. 3. C. d. tít. Queda tambien libre de esta pena el heredero que fué precedido por otra persona en la acusacion, l. 10. C. d. tít. Esceptúese además el heredero que encuentra ser su mismo padre el asesino: en efecto, este no puede ser indigno por haber dejado de vengar la muerte del difunto, puesto que el hijo no debe constituirse acusador de su padre, Alber., de acuerdo con Pil. al cual cita, en la rúbr. C. *de his quib. ut indig.*, arg. l. 38. §. 9. D. *ad l. Jul. de adult.*: cuya decision, dice Jas. en la cit. l. 1. col. 2., no haber visto mas que en Alber.; pero yo la he visto tambien en Juan Andr. adíc. al Specul. rubr. *de successionibus ab intestato* col. 1., donde refiere la citada cuestion de Pil.: añade Jas. en d. l. 1. que lo mismo tendrá lugar, si el matador es el hijo del heredero, atendida la razon del cit. §. 9: limítese esto por lo que se lee en la l. sig. de este tít. ¿Qué dirémos si el autor del crímen fuese el heredero? Bald. en la l. 1. C. *in quib. caus. in integr. restit.* dice, que no deberá acusarse á si mismo: empero, si bien no se hace indigno por la falta de acusacion, lo será en calidad de asesino del difunto, segun el mismo Bald. lug. cit. y esta misma l. mas abajo: véanse tambien sobre la materia las ll. 15. y 16. de este tít. Sobre el fisco no pesa la obligacion de que se trata, segun una glos. en la l. 6. §. 3. D. *ad Trebell.* sobre la palabra *vindicaverit*; si bien And. de Isern. en el tít. *quæ sint reg.* vers. *et quæ indignis*, opina lo contrario en el supuesto que no haya persona alguna que ponga la acusacion, fundándose en aquellas palabras de la l. 1. C. *ubi caus. fisc., nec bona á fisco peti posse, priusquam de crimine constiterit apud eum cui convictis pœnam irrogare licet*: téngase esto presente, pues que la generalidad de los DD. sigue la opinion de d. glos. sin hacerse cargo de la cit. l. 1. Adviértase que la pena de que se trata es aplicable tambien al que sin ser en realidad heredero, ocupa el lugar de tal, ll. 20. y 21. D. *de his quib. ut indig.* y allí Bart.

(111) Tenemos aquí que por punto general la parte del indigno se aplica al fisco; añád. l. 8. §. 14. D. *de inoff. testam.* y allí Paul de Castr. y l. 4. C. *de incest. nupt.* y allí Bald.: sin embargo en limitacion de esto véase la l. últ. de este tít. junto con lo que en ella digo.

(112) No bastará la apertura del testamento, al efecto de perder la herencia; menester es además que se haya adido, segun Bart. en la l. 13. D. *ad Sillan.* y como dije en la glos. 106.; de consiguiente deberémos aquí suplir, *y hubiese adido la herencia*: á no ser que se diga que nuestra l. se propuso conciliar las opiniones de Hugo, Joann. y Az., que indique en la cit. glos., adoptando la del primero en el caso que el heredero ignorase el autor del crímen; y la de los otros cuando lo supiera, es decir, dando por bastante en este caso la apertura del testamento, para que el heredero pierda sus derechos: empero, tenemos por mas probable lo que llevamos dicho al principio.

(113) Nótense estas palabras, de las que resulta que no escusa al labrador esta sola calidad, si no concurre en él la ignorancia, l. 6. §. 19. D. *de excus. tut.*, l. últ. C. *de testam.*, Bald. en la l. 2. C. *de resc. vend.* col. 5.: al rústico sagaz no



La tercera es, si fuesse (h) sabidor en verdad, que el testador fuesse muerto por obra, o por consejo, o por culpa del heredero (114). La quarta es, quando el heredero yoguiesse (115) col na

(h) sabido Acad.

le escusa la calidad de la clase á que pertenece, segun una glos. notable en d. §. 19. y Bald. en la l. 1. C. *de interd. matrim. int. pupill. et tut.*; donde la Glos. dice que la presuncion estará contra el rústico que verificare algun acto clandestinamente.

(114) Az. en la sum. C. *de his quib. ut indign.* col. 2. dice, que con mayoria de razon se quitará la herencia al heredero, si fué el quien mató al testador, l. 3. D. d. tít.: añád. l. 7. al fin D. *de bon. damnat.*, l. 9. al fin D. *de jur. fisc.* y allí Bart., l. 15. princ. y §. últ. D. *ad Syllan.* y allí Bart., l. 8. tít. 1. Part. 7., l. penúlt. tít. 9. lib. 3. del Fuer. Real y l. 18. §. 1. D. *fam. ercisc.*, de la que se colige, que mientras el fisco no reclame del indigno la herencia, este se considerará como heredero, y que egercerá legalmente las acciones; y nótalo Bald. en la l. 4. C. *de his quib. ut indign.* col. 3., donde añáde que si el heredero no mató y si solo hirió al testador, sucederá eficazmente, mientras no se hallare desheredado, nov. 115. cap. 3. y l. últ. C. *de revoc. donat.* ¿Qué dirémos si el heredero hubiese muerto á la muger, hijo, ó hermano del testador? la parte de aquel acrecerá á su hermano, ó bien se adjudicará al fisco? Véase Bald. lug. cit. Adviértase que si el hermano mata al hermano, la herencia del difunto debe confiscarse, sin que puedan reclamarla los siguientes en grado, como se colige de esta l. de Part. y de la cit. l. 18. §. 1.: los derechos del parentesco no pueden recibir aumento con motivo de un crímen, Bald. en la l. 14. C. *de fideicom.* col. 3.: lo mismo tendrá lugar segun él, si el hijo mata á su padre, es decir, que entónces el fisco sucederá con preferencia al nieto. Sin embargo en los feudos rigen otros principios: si el hermano mata al hermano, el feudo no es confiscado, sino que se defiere á los otros agnados, Glos. en el cap. 1. *si vasall. feud. priv. qui defer.* y Bald. en el cap. 1. § *Similiter*, *quib. mod. feud. amitt.*: del feudo al mayorazgo procederá el argumento; así es que el hijo del matador sucederá al mayorazgo, v. l. 5. §. 3. D. *de his quæ ut indig.*, l. 16. §§. 4. y 16. D. *de bon. libert*, l. 17. D. *de jur. patron.* y allí Bart., l. 1. §. 4. D. *de bon. poss. contr. tab.*, Bart. en la nov. 115. cap. 3. §. 12. col. 8. y la Glos. y Bart. en la l. 1. D. *si quis aliq. test. prohib.* ¿Qué dirémos si el hijo del matador muere sin hijos? ¿sucederá entónces su padre autor del crímen? Parece probar lo contrario la cit. l. 9. D. *de jur. fisc.*: además, como no es transitoria la causa de esclusion, que pesa sobre el padre, es evidente que deberá ser perpetuamente escluido: viene en apoyo de lo anótado por Bald. en el §. *quin etiam Episcopum vel Abbatem*, Socin. cons. 9. vol. 2. col. 10. y Pedr. Paris. cons. 72. vol. 4. num. 101. y sig. Adviértase que esta l. de Part. no puede aplicarse á los bienes, que se defieren á título de mayorazgo, y si solo á los que provienen del padre, ó de alguno de los otros ascendientes, al cual se sucede por conducto del mismo padre, arg. l. 10. §. 1. D. *de bon. libert.*

(115) Az. en la sum. C. *de his quib. ut indign.* col. 2. dice, que tal vez se perderá no solo el legado, si que tambien la herencia, si la persona agraciada hubiese irrogado una injuria muy grave al testador, por eg., si tuvo acceso carnal con la muger del mismo, arg. l. 3. §. últ. D. *de adim. legat.*, si bien obsta la l. 22. d. tít.: Bald. en la l. 27. C. *de fideicom.* añade, de acuerdo con la Glos., que sucederá lo mismo si se hizo la ofensa á la memoria del testador, por eg. estuprando á la viuda; lo que parece deberémos admitir nosotros, atendido que esta l. de Part. se espresa sin distinguir; y la disposicion de esta ley está conforme con la Glos. en la l. 10. C. *de his quib. ut indign.* Bart. en la cit. l. 22. advierte, que para ser removido el heredero á causa de enemistades con el testador, es preciso que sea aquel quien haya dado lugar á ellas; y de esta suerte decide lo que Az. dejó sin resolver. Parece que esta l. deberia concretarse al caso que el heredero hubiese estuprado la viuda del testador; atendido que verificándose el acto durante la vida del mismo y sin su conocimiento, parece que deberian tenerse por revocados el legado y la institucion, por la voluntad presunta de aquel, segun la Glos. en d. l. 27. C. *de fideicom.*, y de consiguiente sin derecho el fisco, pues que la revocacion se verificaba en una época en que el indigno no habia adquirido aun derecho alguno, que el fisco pueda vindicar, como lo espresa Bart. en la l. 1. D. *de his quib. ut indig.*: empero, habla Bart. del legado, y no de la herencia, la que no puede quitarse por un acto de mera voluntad tácita ó espresa, mientras no medien las solemnidades de derecho, d. l. 22, l. 36. §. 3. D. *de testam. milit.* y Paul. de Castr. en la cit. l. 27., el cual opina que en este caso la herencia se aplicará al fisco, quitándola al heredero como indigno; y este fué tambien el parecer de Bald. Empero Alex. en la l. 10. C. *de his quib. ut indign.*, dice, que esto se halla en oposicion con la cit. l. 22. y con la Glos. y DD. en la cit. l. 4. C. *de his quib. ut indign.*, donde reprueban la segunda solucion que dá la Glos. á d. l. 22. En medio de esta divergencia de opiniones, podrémos nosotros, apoyándonos en las palabras generales de nuestra l., aplicarlas sin distincion

muger (116) de aquel que le establescio por heredero. La quinta es, si el heredero acusasse el testamento, o la escritura, en que fue establescido, diziendo que era falso (117), siguiendo esta acusacion, fasta que diessen juyzio (118) sobre ella. Ca, si fuesse fallado el testamento por verdadero, perderia el porende la herencia. Esso mismo seria, si el heredero fuesse Personero, o Abogado (119), para seguir tal acusacion como esta, contra el testamento en que fuesse establescido. Fueras ende si lo fiziesse por pro, o por mandado del Rey (120), o si fuesse guardador (121) de algund huerfano, e razonasse contra el testamento por pro del, ca estonce non le empesceria. La sesta (122) razon es, quando el testador rogasse al heredero en poridad (123), que diesse aquella heredad, en que le establesciesse, a algun fijo (124), o a otro, que lo non podia

de casos, tanto mas, cuanto seria absurdo que el heredero indigno retuviese en caso alguno la herencia: además tenemos á favor nuestro la opinion de Bart. en d. l. 22. y la de Azo., Bald. y DD. en d. l. 27.

(116) Lo mismo parece tendrá lugar si fué con la hija ó nuera del testador, arg. l 9. tít. 26. P. 4. junto con lo que allí dije.

(117) Añád. l. 14. §. 8. D. *de bon. libert.*, l. 9. C. *de his quib. ut indign.*, véase Az. en la sum. C. d. tít. col. 4., donde concreta esta disposicion al heredero mayor de 25 años; pues que la menor edad merece indulgencia, l. 5. §. 9. D. d. tít. y arg. l. 6. C. d. tít. ¿Qué dirémos si no acusa de falso el testamento, pero si pide la *bonorum possessio contra tabulas?* v. Alex. en d. l. 8. y la Glos. y DD. en la l. 22. D. *de vulg. et pupill.* Adviértase que no tendrá lugar la pena de que se trata contra el que impugna un codicilo ú otro instrumento que no tenga el carácter de testamento, l. 122. §. 5. D. *de verb. oblig.* y Paul. y Alex. en d. l. 8.

(118) Entiéndase de la sentencia que términa el pleito; pues que si apeló y renuncia despues á la instancia de apelacion, se librará de la pena, de la misma suerte que si hubiese desistido durante la primera, arg. l. 14. §. 8. D. *de bon. libert.*, Glos. en la l. 8. §. 14. D. *de inoff. testam.* y Az. lug. arriba cit.: así parece deberse interpretar nuestra l. de Part., esto es, de acuerdo con las del derecho romano, de donde se ha tomado. ¿Qué dirémos si el heredero desiste despues de la conclusion en causa? Cyn. en d. l. 8. queria que no se librase de la pena, porque la instancia se entiende entónces terminada, segun la l. 19. C. *ad l. Jul. de adult.*; así es que aconseja que se aguarde la sentencia, que se apele y despues se renuncie ó desista antes de la conclusion en causa; de esta suerte, dice, se evitará la pena de que se trata, á tenor de la cit. l. 14. §. 8.; y lo mismo opina allí Bald., alegando una glos. notable á la l. 1. princ. D. *de act. empt.*, glos. 2. No obstante, si del proceso resultase que no carecia de derecho el que renunció despues de la conclusion en causa, le escusará la renuncia, segun Paul. de Castr. y Alex. en d. l. 8., fundados en aquellas palabras del §. 14. *lite improba perseveraverit*; con cuyo testo puede resolverse el caso en que se hubiese proferido sentencia contra un ausente contumaz.

(119) Añád. l. 5. §. 11. D. *de his quib. ut indign.* y l. últ. D. *de inoff. testam.*

(120) Véase el cit. §. 11. vers. *advocatum fisci*: nótense estas palabras de nuestra ley *por pro ó mandado del Rey*, de las que se infiere que no es menester se vea precisado el heredero como procurador ó abogado del fisco: tenemos pues, que sin riesgo de perder la herencia podrá cualquier procurador ó abogado, defender los derechos del fisco.

(121) Añád. §. 4. Inst. *de inoff. testam.* y l. *cum quædam mulier*. D. *de admnistr. tut.*, donde Bald. aplica lo mismo á todo administrador legítimo.

(122) Añád. Az. sum. C. *de his quib. ut. indign.* col. 4. vers. *est alia causa tertia.*

(123) Pero no, si públicamente, l. 3. princ. D. *de jur. fisc.*, donde puede verse cuando se dirá celebrarse el acto pública ú ocultamente. Adviértase que la promesa se tendrá por clandestina aunque se haga en instrumento público, si se encargó al escribano y testigos que guardaran el secreto, Bart. en la l. 3. §. 3. D. *de jur. fisc.* y en la l. 10. D. *de his quib. ut indign.*: se entiende proceder ocultamente aquel que obra de manera que el acto no pueda llegar á noticia de su adversario, segun el mismo Bart. en d. §. 3. y Déc. cons. 399. col. últ. Cuando no se publicó la persona á la que debia hacerse la restitucion, hay ya algun indicio de que se quiso favorecer á un incapaz; empero este indicio no es bastante por si solo, preciso es que se le agregue otra prueba, segun la Glos. en la l. 123. §. 1. D. *de legat.* 1. y Bart. en d. l. y en la l. 25. al fin D. *de reb. dub.*: no obstante, si el testador encargara al heredero que restituyese la herencia á quien quisiere, no podrá restituirla á un espúrio de aquel, pues que entónces se presumiria recibir la herencia del mismo testador, l. 67. princ. D. *de leg.* 2. y Bart. en la l. últ. D. *de his quib. ut indign.* col. 2.; y véase sobre esta materia Salic. en la l. 20. vers. *item quœro*, C. *de fideicom.* Qué dirémos si el testador teniendo un hijo espúrio instituye á su muger, encargándole que al morir restituya la herencia á quien quisiere, y la heredera lo verifica á favor del hijo espúrio de su difunto marido? se presumirá en este caso que semejante restitucion era ya convenida entre el testador y la heredera? Opina negativa-



heredar (125), por que le era defendido por la ley. Ca si el heredero cumpliesse tal ruego (126),

mente Bald. en d. l. 123. §. 1. y en el consil. que empieza *Cæchus Despoleto*: añádase lo anotado por el mismo en la l. 6. D. *de vulg. et pupill.*, Alex. cons. 51. al fin vol. 2. y Bald. en la l. 14. C. *de fideicom.* col. 10.

(124) Espurio é incapaz, como espresa en seguida: añád. l. 3. §. 3. D. *de jur. fisc.*, Bald. en la l. 3. vers. *modo quæro* C. *ad leg. falcid.* Se aplicará tambien al fisco lo que el testador dejó públicamente al hijo espurio, ó bien quedará á favor del heredero escrito ó de los sucesores abintestato? V. Bart. en la l. últ. D. *de his quib. ut indign.* col. 2., donde tambien se ocupa de si hay ó no algun medio de dejar los bienes á dicho hijo.

(125) Qué dirémos si era capaz al tiempo del testamento, pero no á la muerte del testador, ó al contrario? V. l. 3. §. 2. D. *de jur. fisc.* y l. 10. §. 1. D. *de his quib ut indign.*

(126) Mas adelante dice, *e la entregase*: por ahí se ve claramente que la sola promesa de restituir la herencia á un incapaz, no basta para que se le quite al heredero como indigno, sino que es menester que este haya dado cumplimiento á dicha promesa: segun esto es supérflua la cuestion que propone Bart. en d. l. últ. D. *de his quib. ut indign.*, á saber, que deberá hacer en conciencia el que hubiese hecho semejante promesa; y concluye (hablando, como dice, legalmente, salvas las razones de los teólogos), que debe restituir la herencia al fisco, no pudiendo entregarla al espurio, ni tampoco retenerla, porque seria poseedor de mala fé, l. 18. D. d. tít.; y añade *si malæ fidei est, omne, quod non est ex fide, peccatum est*, cap. últ. *de præscript.*; por lo que se ve claramente, que en la opinion de Bart., la sola promesa de restituir á un incapaz constituirá indigno al heredero: no carece de dificultad lo que dice el citado D. que en conciencia deba aquel delatarse al fisco, atendido que este vindica la herencia en calidad de pena, y que de otra parte el pago de una pena no se considera obligatorio en el foro de la conciencia, segun una glos. muy notable y sabida en el cap. *Fraternitas*, 12. q. 2.; y la misma decision es impugnada por Covar. *Epit. matrim.* part. 2. cap. 8. §. 5. vers. 5., siendo de parecer que en el foro de la conciencia podrá el espurio retener los bienes que se le entreguen por el heredero, aunque este hubiese prometido al testador la restitucion. Empero, tal vez será mas acertada la decision de Bart., dado que la intencion del difunto no fué que el heredero retuviera para sí la herencia: además lo que añade Covar., que el espurio podrá en conciencia retener los bienes que se le restituyan, parece en oposicion con lo que dije en la glos. 123., á saber, que el espurio no se entiende sucesor del heredero, sino del mismo testador; respecto del cual, siendo incapaz, así en el foro interno como en el esterno, es evidente que deberá restituir dichos bienes, como reconoce el mismo Covar. lug. cit. vers. 1., contestando á la cit. glos. á d. cap. *fraternitas.* Pese el lector estas razones, y añád. Luc. de Penn. en la l. 1. C. *de his qui se def.* col. 2. donde trata de si el que ha cometido algun crímen que importe la pérdida de todos los bienes, deberá ó no espontanearse; y cita allí Bart. el cual distingue entre la confiscacion de derecho, y la que se verifica en virtud de la sentencia condenatoria: sobre esto mismo véase Covar. lug. cit cap. 6. §. 8. y Jacob. Septimasen. en su tratado *de hæresi*, por donde se resuelve la cuestion negativamente. Acerca de si bastará para la confiscacion, que el heredero prometa secretamente restituir la herencia á un incapaz, véase la l. 3. princ. y §. 2. D. *de jur. fisc.*, la que se funda únicamente en esta promesa, sin exigir que se haya verificado la restitucion; lo mismo prueba la cit. l. 18. princ. D. *de his quib. ut indign.*, donde se lee, *eum qui tacitum fideicomisum in fraudem legis suscepit, eos quoqué fructus quos ante litem motam percepit, restituere cogendum, respondi, quia bonæ fidei possessor fuisse non videtur*; en efecto la palabra *quoque* indica tratarse del heredero que aun estaba en posesion, é indica lo mismo el reputarlo poseedor de mala fe sujetándolo por esta causa á la restitucion de los frutos percibidos antes de la introduccion del pleito: pruébalo además la l. 3. C. *ad l. falcid.* junto con la 2. espos. de la Glos., donde Salic. dice, *nota, quod non expectatur ut fidei accomodator solverit, sed sufficit ut solùm fidem accomodaverit, ut patet ex secunda expositione, quam facit Glos. super verbo* admnistrasse, *quod tene cordi*: vienen en apoyo de lo mismo las ll. 12. §. últ. D. *de fideicom. libert.* y 103. D. *de legat* 1., donde Juan de Imol. fundado en el mismo texto señala tres requisitos, para que se entienda haber el heredero prometido en fraude de la ley; y son, 1°. que el acto sea oculto; 2°. que el heredero se haya comprometido secretamente dando caucion de restituir; 3°. que esta tenga por objeto una persona incapaz; y de consiguiente la restitucion misma no entra en cuenta; y cita allí Jacob. de Aren., Rayner. y Bald., quienes infieren que no tendrá lugar la pena, si no hubo mas que una mera policitacion, ó á lo menos, no intervino caucion ni quirógrafo, lo que, dice, seria muy singular si fuese cierto; empero impúgnalo el mismo, fundado en la l. 3. §. 3. y en la l. últ. D. *de his quib. ut indign.* junto con lo anotado por Bart. y la Glos., de donde al parecer resulta que la promesa de que se trata no solo podrá probarse por medio de caucion reconocida, si que tambien por la confesion del he-

o mandamiento del testador, e la entregasse al otro, perderia (127) porende el derecho que auia en la heredad. E por qualquier destas seis razones sobredichas pierde el heredero la herencia, e deuela auer el Rey: e por estas mismas razones quel heredero deue perder la herencia, por essas mismas perderian las mandas (128) aquellos a quien fuessen fechas.

LEY 14. *Que galardon deue auer aquel que non puede ser por derecho establescido por heredero, nin rescibir manda, si alguno lo faze su heredero, o le manda algo, e el mismo lo descubre ante que sea acusado dello.*

Si alguno de aquellos a quien defienden las leyes deste nuestro libro, que les non pueden fazer mandas, nin establescer por herederos, acaesciere que gela fagan encubiertamente, segun diximos en la ley ante desta, si este atal fuere a la Corte del Rey (129), e dixere assi: Tal manda

redero rogado de restitucion; lo que deberémos admitir, mayormente atendida la ley del Ordenam. que empieza, *E como quier.* De todo lo dicho se sigue que la falta del heredero, que la ley castiga con la pena de privacion de la herencia, consiste en la mera promesa de restituir la misma herencia á un incapaz: esto sentado, y atendido que sobre el particular no hubo divergencia entre los glosadores y demás Interp. del derecho comun, parece que esta l. de Part. deberá tomarse en el mismo sentido, es decir, que á tenor de la misma se confiscará la herencia por la sola promesa de restitucion á un incapaz, prescindiendo de si esta se ha verificado ó no; y viene en apoyo de esa inteligencia la l. 5. tít. 11. de esta Part., la que castiga al heredero con la indicada pena, por la simple promesa secreta, á no ser que aquel fuese un esclavo del testador ó un hijo que estuviera bajo la potestad del mismo. Podria tambien decirse que esta l. de Part, se propuso decidir un caso especial que no se hallaba claramente resuelto por derecho comun, á saber, aquel en que, si bien consta que el testador encargó secretamente la restitucion, se ignora si el heredero consintió en ello; pudo á la verdad la ley tener á la vista este caso, y exigir para la aplicacion de la pena, que el heredero manifestase su ascenso, efectuando la restitucion: viene en apoyo de esa inteligencia el contesto mismo de la ley, donde no se lee que el heredero hubiese prometido, y si solo que cumplió el encargo secreto del testador. Es verdad que hallamos un caso parecido en la l. 67. §. últ. D. *ad Trebell.*, pero d. l. no es tan esplícita como la nuestra: Bald. la alega en la l. 14. C. *de fideicom.* col. 6., donde trata del heredero capaz al cual se le encargó que restituyera la herencia á un incapaz en todo ó en parte; y contesta que si el heredero rogado se comprometió secretamente á la restitucion, sucederá el fisco; pero no cuando no hubiese contraido semejante compromiso, á no ser que efectuase la restitucion, arg. d. l. 67. §. últ., cuyo texto dice ser único en el derecho. Tendrémos, pues, que el caso que aquí se resuelve no es el del heredero que secretamente promete la restitucion de la herencia á un incapaz; y de consiguiente quedará bajo la disposicion del derecho comun, l. 10. D. *de lib. et posth.* y otras análogas.

(127) Empero subsistirán las disposiciones relativas á la libertad de los esclavos, l. 12 §. últ. D. *de fideicom. libert.*: subsistirán tambien los prelegados hechos al heredero á quien se encargó la restitucion, l. 18. §. últ. D. *de his quæ ut indign.* ¿El que prometió restituir una pequeña parte de la herencia á un incapaz, se reputará indigno del todo? Así opina Bald. en la l. 3. C. *ad leg. Falcid.*, pero prueba lo contrario la l. 11. D. *de his quæ ut indign.* Si el testador era clérigo, empero lego el heredero ¿se aplicarán los bienes á la Iglesia ó al fisco? Bald. en la l. 20. C. *de episc. et cleric.*, resuelve la cuestion á favor del fisco, dado que es lego quien resulta privado de los bienes; ahora, si el heredero fuese clérigo, se adjudicarian á la Iglesia segun el mismo Dr.; pues que, no pudiendo la sentencia del juez civil, aplicar al fisco los bienes de los clérigos, tampoco cabe eso en el poder de la ley: de acuerdo con Bald. está Paul. Castr. allí y Juan de Plat. en la l. 1. C. *de bon. vacant.* Adviértase que tambien será aplicable la pena de que se trata en el caso que el testador encargue secretamente al heredero, que dé alguna parte de sus bienes propios á un incapaz, mientras que el primero, deje á dicho heredero otro tanto, Juan de Plat. en la l. 1. C. *de delat.*, arg. l. 62. §. 1. D. *de condit. et demonstr.*

(128) Nótese esta regla, la que tambien se halla comprobada por los textos citados relativamente á las demás causas de indignidad.

(129) No indica á que persona debe hacerse la delacion. Por derecho comun el delator debia dirigirse al Procurador del Cesar, l. 1. C. *de his qui se defer.* y ll. 1. y 2. C. *ubi caus. fiscal.* En nuestro Reino tal vez podrá verificarse ante los empleados que en juicio sostienen los intereses del fisco y de la hacienda pública, conocidos con la denominacion de *Contadores mayores*; quienes parece ocupan el lugar del procurador del Cesar, dado que conocen de las causas fiscales, y de las que versan entre el fisco y los particulares, atribuciones que correspondian por derecho comun

que me fizo fulano ome, segund me fazen entender, non la puedo auer segund derecho, fazed della lo que touieredes por bien. Por esta bondad que fizo, en descobrir (130) lo que le era mandado en poridad, que lo non quiso rescibir (131) contra defendimiento del derecho, dezimos, que deue auer la meytad (132) a lo menos de lo que le fue mandado, o de la herencia (133), en que fue establescido por heredero en testamento de otro.

LEY 15. *Por que razones se puede escusar el heredero, que non pierda la herencia, maguer non sea vengada la muerte del testador, a quien hereda.*

Vengança, diximos, que es tenudo de demandar el heredero de la muerte del testador: e si non lo fiziesse assi, que pierde porende la heredad que deuia auer del. Pero cosas y ha en que la non pierde por tal razon. Esto seria, como si el heredero querellasse la muerte, mas el Juez, o el Señor de la tierra, non quisiesse (134) llegar la querella a derecho. Esso mismo seria, si acusasse a aquellos que sospechasse que le auian muerto, e diessen la sentencia contra el heredero, assoluiendo los acusados, e quitandolos de la acusacion que auian fecho dellos. Ca, maguer non se alçasse (135) de tal juyzio, non perderia porende la heredad. Otro tal seria, si el heredero fuesse menor (136) de veinte e cinco años; o si aquellos que ouiessen muerto al testador, non podiessen ser fallados (137) para fazer justicia dellos. Ca, por qualquier destas razones sobredi-

al Procurador del Cesar: y parece que no podrá verificarse ante el Procurador fiscal, segun opina Luc. de Penn. en la l. 1. C. *de his qui se defer.* Podrá tambien quizá dirigirse la misma delacion al Procurador del Rey, que vulgarmente se llama *Mayordomo mayor*; pues que á ese empleado incumbe examinar é inquirir los réditos y derechos de la corona, segun la l. 17. tít. 9. P. 2., por lo que parece haber sucedido en el lugar del Procurador del Cesar; y viene en apoyo de esto la l. 16. de este tít.: sin embargo no se crea que á dicho Mayordomo toque el conocimiento de las causas fiscales, cual correspondia al Procurador del Cesar. Podria tambien tenerse por bastante la delacion hecha al consejo Real. Dejando á parte lo dicho, y ateniéndonos á las palabras de nuestra ley, la que dice simplemente que la delacion se dirija al Tribunal del Rey, parece que podrá hacerse ante cualquiera audiencia Real, con tal que se notifique al Procurador del fisco, al efecto de que siga la instancia, como advierte la Glos. en la l. 1. princ. D. *de jur. fisc.* sobre la parte *recessum.*— *Atendido el actual sistema de administracion, parece que la denuncia deberá hacerse al intendente de la provincia, y que en la instancia sostendrá los intereses del fisco el administrador de rentas provinciales.

(130) Concede esta ley un premio al que se delata, cual las ll. 1. C. *de his qui se defer.*, y 13., 15. §. 2. y l. 49. D. *de jur. fisc.*: prémiase tambien al que revela una traicion, l. 5. C. *ad l. Jul. Majest.* y l. *in testamento* D. *de hæred. inst.* y allí Bald, donde trata de los que descubren al asesino. Adviértase que hay algunos de tal manera incapaces, que no consiguen premio alguno aunque se delaten, tales son los herejes, los condenados á las minas y los deportados, como advierte la glos. l. á la l. 1. princ. D. *de jur. fisc.*; v. l. 13. §. 9. d. tít.

(131) De aquí parece seguirse que si ya hubiese recibido la herencia, no conseguirá parte alguna, aunque se delate; empero lo contrario hallamos establecido en la l. 13. princ. D. *de jur. fisc.*; y así debe entenderse nuestra l., dado que con mayoría de razon debe premiarse al que consiente en desprenderse de lo que ya poseia. Adviértase que si bien la delacion es prueba suficiente contra el que la hace, no es bastante cuando se trata del interes de un tercero, Bart. en d. l. 13. princ.

(132) Añád. ll. 49. y 15. §. 5. D. *de jur. fisc.*: la l. 1. C. *de his qui se defer.* dice *tertiam* pero habla del heredero fiduciario y no del fideicomisario; así pues distingase con Alber. y Bart. en d. §. 5., Juan de Plat. en d. l. 1. y Ang. Aretin. en las Instit. princ. *de fideicom. hæredit.*

(133) Entiéndase la mitad de las tres cuartas partes, d. l. 49., y véase la distincion de Bart. y otros indicada en la glos. anterior.

(134) Esto no tiene dificultad cuando se tratase de un juez que no conociera superior: empero, siendo de los inferiores, y denegando la administracion de justicia, podrá y deberá el heredero recurrir al superior, nov. 86. cap. 2., á fin de que precise al primero á administrar justicia, ó bien juzgue por sí mismo, atendido que por negligencia del inferior la jurisdiccion se devuelve al superior, nov. 80. cap. 3. y allí Bart. y Juan de Plat. en la l. 2. C. *de exact. tribut.*

(135) Añád. l. 21. §. últ. D. *ad Syllan.*, y entiéndase, segun Bart. en d. lug., bajo el supuesto que la sentencia no fuese manifiestamente injusta; pues siendo tal, deberia apelar el heredero, así como debe seguir la instancia, si apela el contrario, mientras no estuviese imposibilitado por falta de haberes, Glos. y Ang. en la l. 6. C. *de his quib. ut indign.*

(136) Añád. l. 6. C. *de his quib. ut indign.*

(137) Añád. l. 3. §. 21. D. *ad Syllan.*

chas en esta ley, que non fuesse tomada vengança de la muerte del testador, non perderia la heredad porende, porque se entiende que non finco por el.

LEY 16. *Como, quando el Rey, o su Mayordomo, recabda las herencias de los herederos, que non las merescen, a que dizen en latin, Indigni, es tenudo de pagar las debdas, e las mandas, a los que fueren señores dellas.*

La desconoscencia, e el yerro que el heredero faze, en non querer vengar por juyzio la muerte de aquel a quien hereda, non deue empescer a los otros, que non auian culpa. E porende dezimos (138), que el Mayordomo (139), o el Procurador de Camara del Rey, que ouiere a recabdar los bienes que estos atales deuen heredar, assi como sobredicho es, porque los non merescen auer, que deue pagar las debdas (140) que fincaron del testador, fasta en aquella quantia, que montare lo que el rescibio (141) de la herencia. Otrosi dezimos, que deue pagar las mandas (142) que fueren escritas en el testamento del finado, fasta en aquella suma, que montare lo que la Camara del Rey rescibio de aquellos bienes, tirando ende la quarta parte (143) para el Rey, segun que la deue retener para si el heredero; e esta quarta parte se deue sacar de las mandas, quando non fincare tanto de la heredad, de que se podiesse entregar della.

LEY 17. *Por quales razones, la herencia que el heredero perdiesse por yerro que ouiesse fecho, non la deue auer el Rey.*

Cuydarian (144) algunos, que todas las cosas que son tomadas a los que las non merescen, que deuen ser de la Camara del Rey. E porende dezimos, que cosas y ha (145), en que non seria.

(138) Háse tomado esto de lo anotado por Az. en la Sum. C. *de his quib. ut indign.* col. últ. vers. *et est sciendum.*

(139) Viene esto en apoyo de lo que dije en la glos. 129.

(140) Añád. l. 11. D. *de jur. fisc*

(141) Así pues, el fisco, aunque no haga inventario, no responderá mas allá de donde alcance el haber de la herencia, v. l. 11. y l. 1. §. 1. D. *de jur. fisc.* y en esta de Bart.: y Alber. en la primera arguye que si el fisco se apodera de los bienes de un delincuente, solo responderá de lo que entró en su poder. Es indudable que á tenor de la cit. l. 1. §. 1. y de esta l. de Part. el fisco no responderá solidariamente cuando ocupa bienes vacantes, ó á título de confiscacion, pues que entónces no se considera sucesor hereditario; esta es la opinion de Bart. en la rubr. D. *de acquir. hæred.* vers. *et ex hoc apparet.*, de lo que se sigue que será responsable *in solidum*, cuando suceda en calidad de heredero, ó por derecho hereditario.

(142) Añád. l. 9. D. *ad Syllan.* y l. 14. D. *de jur. fisc.*

(143) Añád. l. 3. §. últ. D. *de ad Trebell.*

(144) Concuerda con lo anotado por Azon. en la Sum. C. *de his quib. ut indign.*, col. últ.; v. Bart. en la l. últ. D. d. tít. col. penúlt. y últ. y la Glos. en la l. 4. C. d. tít.

(145) Por regla general, pues, la parte del indigno se aplicará al fisco: añád. l. 8. §. 14. D. *de inoff. testam.* y allí la Glos., Bart. y Paul de Castr. donde este limita la regla general sentada, al caso que el indigno sea tal por su propio delito, arg. l. penúlt. C. *de legat.*, l. 1. C. *de secund. nupt.* y l. 4. C. *de hæred. instit.*, y lo mismo opina Bart. en la l. 46. D. *de jur. fisc.*: por lo que mira á la citada regla véase además la l. 4. C. *de incest. nupt.* y allí Bald. Recibe la misma varias escepciones, que se espresan en esta misma l.: agréguese á ellas el caso en que el indigno repudia la herencia, pues entónces tampoco se aplica al fisco; así opina Bart. en la l. 29. §. 1. D. *de jur fisc.*, diciendo, que no habiendo adquirido aun el indigno, nada puede quitarle el fisco: empero Bald. en la l. 14. C. *de fideicom.* col. 2. limita la escepcion al caso que el indigno no hubiese repudiado en fraude del fisco, cuyo fraude, dice, se presumirá, si la herencia era lucrosa, y alega la l. 9. D. *ad Syllan.*: el mismo Bald. añade otra escepcion, á saber, si antes que el testador habia fallecido el indigno, y da la razon con las siguientes palabras, *quia ratione indignatis nihil posset auferri, cum dies indignatis non cesserit*, l. últ. D. *de his. quib. ut indign.* Lo anotado por la Glos. y Bart. en la l. 15. princ. D. *ad Syllan.* parece obstar á la escepcion del mismo Bart., atendido que se habla allí del heredero que fué negligente en vindicar la muerte del difunto, y que de consiguiente dió un derecho al fisco, al cual deberá entenderse en todo caso que trata de perjudicar, si repudia. Esto mismo decide Bart. en l. 1. D. *de vulg. et pupill.* cuest. 4. princ., y Alex. allí col. 11. y Socin. col. 34. dicen ser esta la opinion general, esto es, que el fisco vindicará la herencia del indigno escluyendo al sustituto; á no ser que el instituido fuese de todo punto incapaz. Será tambien preferido el sustituto si el indigno hubiese muerto antes de adir, mientras que dolosamente no hubiese diferido la adicion. Será tambien escluido el fisco, si el heredero repudia antes de hacerse indigno. l. 23. D. *ad Sy-*

E esto seria, como si dixesse el testador, e mandasse a algun ome alguna cosa señaladamente; e despues desto dixesse, que rogaua a aquel ome, que fuesse guardador de sus fijos, a que llaman en latin, Tutor. Ca si este atal non quisiesse ser guardador de los moços, non merescia auer la manda. Pero tal manda que se toma a este, por razon que era desconosciente al fazedor del testamento, sera de los huerfanos (146) sobredichos, e non del Rey. Otrosi dezimos, que si algun ome furtasse el testamento en que le ouiessen fecho alguna manda, que la pierde (147) por esta razon, e que deue ser de los herederos del testador, e non del Rey. E aun dezimos, que si el testador establesciere por su heredero a alguno, cuydando sin dubda ninguna, que era su fijo; que si despues de la muerte del testador fuesse sabido en verdad, que non lo era, perderia (148) porende el heredero tal heredad; porque non la meresce auer, pues que sabido es verdaderamente, que non es su fijo del finado. Pero tal herencia como esta non seria del Rey, mas de los parientes mas propincos del testador, si los ouiesse. E si parientes non ouiesse, estonce deue ser del Rey. Esso mesmo seria, si algun Christiano establesciesse por su heredero a algun Herege, o Moro, o Judio (149). Ca la heredad en que fuesse establescido por heredero alguno destos sobredichos, auerla yan los mas propincos parientes (150) del testador, e non el Rey, maguer estos atales non la meresciessen auer. Otrosi dezimos, que quando algun fijo fuesse sin piedad, que non quisiesse pensar de su padre, que fuesse furioso, o desmemoriado, podiendolo fazer, e pensasse otro estraño del, segund diximos de suso en las leyes (151) que fablan en esta razon; que porende pierde la heredad, como ome que la non meresce auer. Con todo esso, tal herencia como esta non seria del Rey, mas de aquel estraño sobredicho, que penso del, dandole lo que lo era menester en su vida. Esso mismo seria, si algun ome yoguiesse en catiuo, e el fijo, o el otro que lo ouiesse a heredar, non lo quisiesse sacar de catiuo, assi como de suso diximos. Ca maguer este atal perdiesse la heredad, e non la meresciesse auer, por tal razon como por esta, non seria del Rey; mas deue ser dada para sacar catiuos, assi como ya diximos (152).

TITULO VIII.

DE COMO PUEDE QUEBRANTAR EL TESTAMENTO AQUEL QUE ES DESHEREDADO EN EL A TUERTO, A QUE DIZEN EN LATIN, QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI.

Desheredan a tuerto a las vegadas, los que suben por la liña derecha, a los que descienden dellos. Otrosi los que descienden por la liña derecha, desheredan en essa manera mesma a los que suben por ella. E porende, despues que en el titulo ante deste mostramos las razones, por que ome puede desheredar a aquellos que auian derecho de heredar sus bienes, si le ouiessen errado; queremos mostrar en este las razones por que el heredero puede quebrantar el testamento, en que fuesse desheredado a tuerto. Otrosi, como puede cobrar su derecho. E diremos, quien es aquel que puede fazer la querella, para desatar el testamento. E que quiere dezir tal querella. E contra quien deue ser fecha, e ante quien. E por que razones, e en que manera. E otrosi, por quales razones

llan. y Bart. en la cit. l. 15. d. tít. Tampoco admitirémos al fisco, si al indigno se le hubiese dado sustituto para el caso que no pudiese aceptar la herencia, Ang. en la l. 2. C. *de hæred instit.* y en la l. *in tempus* D. d. tít.; si bien opina lo contrario Socin. fundado en que nada sirve espresar aquello que tácitamente ya se comprende; sin embargo podria decirse que usando el testador de la cláusula *in eo quod capere non possit*, se refiere á la incapacidad que proviene de indignidad, la que no viene comprendida en la cláusula ordinaria de la sustitucion.

(146) Añád. l. 5. §. 2. D. *de his quib, ut indign.*: así pues, cuando uno resulte indigno por consideracion á cierta persona, se aplica á esta la parte que de otra suerte hubiera correspondido á aquél, l. penúlt. C. *de legat.* y d. §. 2. y allí Bart. ¿Qué dirémos si la pena de privacion de la herencia se impone por el testador? v. l. 41. §. 8. D. *de legat* 3. ¿Qué sucederá en el supuesto que constare que el testador no hubiera prescindido del legatario aun sabiendo que no debia ser tutor? v. Ang., Alex. y la Glos. en la l. penút. C. *de legat.*

(147) Concuerda con l. 25. C. *de legat.*

(148) Añád. ll. 4. y 7. C. *de hered. instit.*: véase sobre la materia la l. 12. tít. 3. de esta Part. y lo que allí dije.

(149) Hallamos aquí espreso que el judío y el pagáno no pueden ser instituidos herederos: nótese esto por lo que dije en la l. 4. tít. 3. de esta Partida.

(150) Nótese esto, pues que no es de mucho tan esplícita la auth. *idem est de nestorianis*, C. *de hæret.*, que Azon. alega en la Sum. C. *de his quib. ut indign.* col. últ.

(151) V. l. 5. de este tít. vers. *e otro si decimos.*

(152) En la l. 6. de este tít.

non se quebrantaria el testamento, maguer fiziesse querella para quebrantarlo. E que fuerça ha atal quebrantamiento como este sobredicho.

LEY 1. *Quien es aquel que puede fazer la querella para desatar el testamento; e contra qual ome, e ante quien, e por que razon, e de que manera.*

El fijo, o el nieto del testador, o alguno de los otros que descienden del por la liña derecha, que ouissen derecho de heredarle (1) si muriesse sin testamento; si lo ouiessen desheredado a tuerto, e sin razon, puede fazer querella delante el Juez (2), para quebrantar el testamento en que lo ouiesse desheredado: e el Juez deue oyr su querella, e fazer emplazar (3) al que es establescido por heredero (4) en el testamento de su padre; e si fallare que fue desheredado a tuerto, o que en el testamento non fue fecha mencion del (5), deue el judgar que tal testamento non vala (6), e mandar entregar la herencia (7) al fijo, o al nieto, que se querello. E tal demanda como esta es llamada en latin, Querela inofficiosi testamenti, que quier tanto dezir, como querella que se faze de testamento que es fecho contra oficio

(1) Pues que la querella de testamento inoficioso se concede á los hijos y demás descendientes, á los cuales nadie precedia en la familia al tiempo de la muerte del ascendiente, Azon. en la Sum. C. *de inoff. testam.*, col. 2. vers. *datur autem querela*. y la Glos. en la l. 14. D. d. tít.: no hay necesidad de instituir ó desheredar al que no ocupa el primer lugar en la familia, l. 29. §. 10. D. *de lib. et posth.* y l. 6. princ. D. *de inj. rupt.* y véase lo que dije en la glos. 4. del tít. anterior: agréguese á lo dicho que la accion de que se trata debe instituirse concretada á la parte á que se sucederia abintestato, l. 19. D. d. tít. y allí Bart. y Paul de Castr., donde puede verse que sucederá, si de hecho se hubiese admitido una demanda que escediera los indicados límites. Tendrémos pues, que si el hijo está de por medio, no podrá el nieto instituir la querella; pero si el hijo falleciere antes de la adicion de la herencia, el nieto, hijo de aquel, podrá instituir la accion dicha en nombre de su mismo padre, aunque este no la hubiese instaurado, l. 34. C. *de inoff. testam.*: en ella tiene lugar el edicto succesorio, l. 31. D. d. tít., de consiguiente, si la querella habia como nacido ya, por haberse adido la herencia cuando murió el hijo, el derecho se transmite al nieto, quien puede instituirla en su nombre, segun Jas. siguiendo á Raf. Cumman. en d. l. 34. al fin. Ahora bien, atendido que por las leyes de nuestro Reino la validez de la desheredacion no requiere la adicion de la herencia, como dije en la l. 2. del tít. anter., tendrémos que en todo caso el siguiente en grado podrá instituir en su nombre el recurso de que se trata.

(2) Este recurso, mas bien que accion, es un acto con que se implora el oficio del juez, Paul. de Castr. en la l. 15. §. 1. y en la l. 17. §. 1. D. *de inoff. testam.*, y en esta la Glos. Podrá objetarse por via de escepcion ó reconvencion? v. Bald en la l. 14. C. *de sentent. et interloc.* Si el heredero escrito reconviniere por medio de la accion *petitio hæreditatis* al hijo, este deberá oponer la querella; de otra suerte, es decir, una vez fallada la causa, no podria querellarse: v. Bald. en la l. 2. C. *sentent. rescind. non poss.*, col. 2.

(3) Podrá procederse en ausencia y rebeldía hasta definitiva contra el contumaz, Bart. y Paul. de Castr. en la l. 17. §. 1. D. *de inoff. testam.*, si bien la Glos. sostiene allí lo contrario.

(4) Sin embargo, puede alguna vez intentarse la querella contra una persona distinta del heredero escrito, como en el caso de la l. 20. D. *de bonor. possess. contr. tab.* y de la l. 1. C. *de inoff. testam.*

(5) Véase la l. 10. del tít. ant.

(6) Añád. l. 8. §. últ. D. *de inoff. testam.* —* Esta ley contiene un verdadero sincretismo; es un amalgama del derecho romano antiguo, del nuevo y novisímo, y de las opiniones de los glosadores; de ahí la confusion y las contradicciones, á lo menos aparentes, que ofrece. Observamos en primer lugar, que al parecer podrá el hijo instituir la querella para quebrantar el testamento, tanto si se hallare preterido, como si se le hubiere desheredado sin justa causa; mientras que mas abajo, vers. *Pero si el testador sobredicho*, se concede esclusivamente la accion de nulidad en el caso de pretericion, lo que está de acuerdo con la l. 10. del tít. anterior. Además, no se presenta á primera vista diferencia entre la querella y la accion dicha, pues que instituida la primera y hallándola probada el juez, debe este declarar que el testamento no vale. En cuanto á lo primero opinamos, que la pretericion de que la ley habla es la no institucion del hijo, espresando la causa por que no se le instituye, sin empero desheredarlo espresamente: esta pretericion, equivale á la desheredacion, segun algunos de los glosadores, con la opinion de los cuales parece conformarse la cit. l. 10.; véase la glos. 81. del tít. anter. Por lo que toca á lo segundo, diremos, que las palabras *non vale*, de que usa la ley en este lugar, refiriéndose al testamento que ha sido impugnado por medio de la querella, deben entenderse en cuanto á los efectos: así resulta de la partícula *pero* con que empieza la cláusula que sigue relativa al caso de pretericion, y de que en el mismo supuesto no se contenta con decir que el testamento no vale, sino que añade,

de piedad (8), e de merced, que el padre ouiera auer del fijo. Pero si el testador sobredicho, quando establesciesse el heredero, non fiziesse emiente en el testamento, de aquel que auia derecho de heredar, heredandolo, nin desheredandolo, tal testamento como este non se quebrantaria; pero non vale, nin es nada (9). E porende, pues que non deue valer, non se puede quebrantar(10), e deue ser entregada la herencia al fijo, o al nieto, de que non fue fecha mencion en el. E lo que diximos en esta ley de los descendientes, entiendese tambien de los ascendientes (11) que fuessen desheredados a tuerto, e sin razon; o si non fuesse fecha ninguna mencion dellos en el testamento de los descendientes.

LEY 2. *Si puede el hermano quebrantar, o non, el testamento que ouiesse fecho su hermano, en que non fiziesse mencion del.*

El testador que non ouiesse pariente, de aquellos que descendiessen por la liña derecha, o subiessen, estonce maguer ouiesse hermanos (12), o otros parientes de la liña de trauiesso, bien puede establescer otro por su heredero en su testamento, e fazer de lo suyo lo que quisiere. E como quier que non faga emiente del hermano en el testamento, nin le dexe ninguna cosa de lo suyo, non le pertenesce al hermano, de fazer querella del testamento que el otro su hermano ouiesse fecho, nin lo puede quebrantar. Fueras ende, si aquel que fuesse establescido por heredero, fuesse ome de mala fama (13), o ouiesse seydo sieruo del testador, o otro aquel ouiesse aforrado, e despues lo establesciesse por su heredero, por falago (14) que le fiziesse el aforrado, non lo meresciendo el, nin auiendo derecha razon, por que lo deuiesse fazer. Ca seyendo el heredero tal como sobredicho es, estonce bien podria el hermano querellarse ante el Juez, e quebrantar el testamento, en que fuesse establescido por heredero. Pero si este hermano sobredicho ouiesse fecho contra el testador, alguna de las co-

nin es nada. Los copiladores de nuestro Código descuidaron en este, como en otros puntos, la precision en las palabras.

(7) Entiéndase de la parte que le corresponderia abintestato, como dije mas arriba: es de la naturaleza de esta querella el que no se dé contra aquel que es sucesor legítimo, y que no tiene mayor parte de la que abintestato deberia caberle., d. l. 19. D. *de inoff. testam.* y allí Paul. de Castr.

(8) Añád. ll. 2. y 3. D. *de inoff. testam.* Es la accion de que se trata una especie de accusacion que daña á la memoria del difunto, suponiéndole falto de instintos naturales, cual las fieras, que devoran á sus propios hijos, segun Bald. en la l. 2. C. *quib. res. judic. non noc.* col. 3. Nótese que en este lugar se denomina acto de piedad el cumplimiento de los deberes entre padre é hijo; añád. l. penúlt. D. *de obseq. á liber. par. præst.*

(9) Añád. l. 30. D. *de liber. et posth.* y l. 1. D. *de inj. rupt.*, y entiéndase esto tambien del hijo emancipado preterido sin la espresion de causa, nov. 1. cap. 1. §. 4., Bart. en d. l. 1. y l. 10. del tít. ant. Entiéndase lo mismo del hijo preterido por su madre ú otro ascendiente de la línea materna; pues que, si bien la pretericion de aquella se equipara á la desheredacion, Instit. §. últ. *de exhæred. liber.*, no obstante, si la pretericion se verifica sin espresar la causa, el testamento será nulo, á tenor de la nov. 115. y segun la Glos. y DD. en la l. 15. C. *de inoff. testam.*

(10) En efecto, no cabe rescindir lo que es nulo de derecho; esta l. y la l. 5. vers. *post defectum* D. *de inj. rupt.*

(11) Añád. ll. 14. y 15. D. *de inoff. testam.* y la nov. 115. cap. 4. —*No podia dejar de equipararse en este punto á los ascendientes con los descendientes, en el caso que los primeros son herederos forzosos; atendido que en la l. 11. del tít. anter. se habia declarado nulo el testamento en que fuesen preteridos ó desheredados sin justa causa, entendiendo mal quizás, el cit. cap. 4. de la novel. 115: véase la adic. á la glos. 6. acerca la inteligencia de esta ley de Part.

(12) Añád. ll. 2. y 12. del tít. ant. y l. 1. D. *de inoff. testam.*

(13) Véase la l. 12. del tít. ant. y lo que allí dije.

(14) Háse tomado esto de la interpretacion que da la Glos. á la l. 27. C. *de inoff. testam.* Empero, Bald. allí la entiende del liberto ingrato para con su patrono, cuyo liberto por esta causa, y en consideracion al grande beneficio de la libertad, es reputado persona vil; y así la entiende tambien allí Jas., refiriendo entrambos á la ingratitud, aquellas palabras, *perperàm et non bene merentes*: plácenos esta interpretacion, atendido que sin la ingratitud, los simples alagos no parecen motivo suficiente para el objeto de que se trata, tanto mas, cuanto se hallan tolerados por la ley, l. últ. D. *si quis aliq. test. prohib.* y l. 27. tít. 1. de esta Part.; esto es; mientras el que usa de ellos no perjudique directamente á un tercero, usando de falsos pretestos, ó calumniándole mas ó menos ante el testador, á fin de que este le prive de la herencia, arg. l. 4. D. *de inoff. testam.* y allí Ang., donde dice, que fundado en esto obtuvo en cierto caso que se adjudicara una herencia

sas por que los hermanos pueden ser desheredados, segun diximos en el titulo (15) de los Desheredamientos, estonce non se podria querellar, nin desatar el testamento del hermano. E sobre todo dezimos, que los otros parientes, que son de la liña de trauiesso (16), non pueden fazer querella, para desatar el testamento; nin han que ver en sus bienes, auiendo fecho manda, o otro ordenamiento dellos.

LEY 3. *Por que razones non puede el hermano, quebrantar el testamento de su hermano, maguer establesciesse su sieruo por su heredero.*

Como quier que diximos en la ley ante desta, que si el testador establesciesse por su heredero ome que fuesse de mala fama, quel hermano se puede querellar, e quebrantar el testamento; razon ỹ ha, en que lo non podria fazer. E esto seria, como si el testador establesciesse por su heredero algun su sieruo (17), ca este atal, maguer quiera, o non, puedelo apremiar segund derecho, que sea heredero. E porende lo llaman en latin, heredero necessario (18); e maguer este atal sea ome vil, e non de buena fama (19), por todo esso non puede el hermano querellarse, nin quebrantar el testamento, en que fue establescido por heredero.

LEY 4. *Por que razones non pueden quebrantar el testamento, los que son desheredados en el.*

Muchas razones son, por que non se quebranta el testamento, en que alguno fuesse desheredado. Ca qualquier de los que descendiessen por la liña derecha del testador, que fiziessen tal tuerto, por que meresciesse ser desheredado, segund diximos en el titulo de los Desheredamientos, e le desheredasse el testador por tal razon; si el heredero esto pudiere prouar, que el otro fizo el yerro por que le desheredo el testador, estonce non se quebrantaria el testamento. Esso mismo seria, en los otros que fuessen desheredados por razon de tal yerro, quier fuessen de los ascendientes, quier de los otros de la liña de trauiesso (20). Otrosi dezimos, que si alguno que fuesse desheredado, callasse, e non querellasse fasta cinco años (21) despues que el heredero ouiesse entrado en la heredad (22) del testador,

muy cuantiosa á los pobres, á quienes se habia dejado en un primer testamento, que los parientes habian conseguido se revocara, pretestando al testador que la limosna no era meritoria ante Dios, y que aquellos á quienes instituia eran personas de mala condicion; y alega con este objeto lo anotado por Cyn. en la l. 7. C. *arbitr. tut.* Tenga presente el lector esta l. de Part., la que no exige que haya ingratitud de parte del liberto; sino que tiene por bastante el que haya necesitado valerse de halagos para que el testador le nombrara heredero en perjuicio de un hermano germano ó consanguineo.

(15) Véase la l. 12. del tít. ant.

(16) Añád. l. 2. tít. ant. y lo que allí dije.

(17) Concuerda con la l. 27. al fin C. *de inoff. testam.*

(18) V. §. 1. Instit. *de hæred. qualit. et differ.*, l. 30. D. *de hæred. instit.* y tít. C. *de neces. serv. hæred. instit.*

(19) ¿Qué dirémos si este esclavo intrigó para que el testador le instruyera? ¿le será aplicable lo que dispone la l. ant. respecto del liberto? Así parece á primera vista, no debiendo ser de mejor condicion que este el esclavo, mayormente si es hombre vil y de mala fama. Sin embargo, debemos establecer lo contrario, dado que ni esta l. de Part., ni la romana de la que se ha tomado, distinguen en este punto: además por el honor del mismo dueño se halla dispuesto que el esclavo instituido sea heredero necesario; en efecto, de esta suerte hay una persona contra la cual pueden y deben dirigirse precisamente los acreedores, l. 6. D. *de interrog. act.*

(20) Entiéndase de los hermanos, segun la l. 2. de este tít.

(21) Añád. l. 34. al fin y l. 36. §. 2. C. *de inoff. testam.* ¿Qué dirémos de la accion para pedir el suplemento? ¿espirará cual la queja de inoficioso pasados los cinco años? La opinion general no la considera estinguida hasta que han transcurrido 30, segun Jas. en d. l. 34., sí bien Bart. allí, y en el cons. que empieza, *quæritur utrum juri agendi ad suplementum*, sostuvo que espiraba á los 5 años.

(22) Pues que la querella de inoficioso no nace hasta que se haya adido la herencia, l. 8. §. 10. D. *de inoff. testam*; y la razon consiste, segun Ang. en d. l., en que dicha accion tiende á la rescision del testamento, el cual no produce efecto, hasta que la adicion haya tenido lugar: no será menester aguardarla para la *bonorum possessio contra tabulas*, l. 17. C. *de collat.* y l. 19. D. *de bonor. possess. contr. tab.*; pues que en este juicio no se trata de la validez del testamento, y si solo del derecho del actor, l. 16. §. 1. D. *de inoff. testam.* Ahora bien, como por la l. del Ordenam. no se requiere la adicion de la herencia para que subsistan las disposiciones testamentarias, parece que la querella no tenderá á la recision del testamento, y de consiguiente que podrá instituirse antes que la herencia se haya adido; esto su-

que de los cinco años en adelante non se podria querellar; e maguer se querellasse, queriendo mostrar razon por que non deuia ser desheredado, non deue ser oydo. Fueras ende, si fuesse menor de veynte e cinco años (23). E este atal puede fazer tal querella fasta que sea de de edad cumplida, e aun en los quatro años que se siguen despues.

LEY 5. *Como, si el padre da a su fijo su parte legitima, puede fazer de lo otro lo que quisiere.*

Si el padre, faziendo testamento, dexa a su fijo su parte legitima (24), si esta parte le dexa como a heredero(25), e establesciesse en esse mismo testamento a otro, en los bienes otros que

puesto, se nombrará un curador para la herencia yacente, contra el cual el hijo desheredado instituirá dicha accion; á lo que es consiguiente que el quinquenio corra desde el dia de la muerte del testador. Sin embargo, será tal vez mas acertado decir, que para proponer la accion de que se trata, debe el desheredado aguardar que admita la herencia el heredero escrito, ó en defecto de él los sucesores abintestato (quienes pueden reclamar este derecho, fundados en la l. del Ordenam., dado que si les admite no habiendo heredero escrito, deben suponerse llamados para el caso que este repudie) y proponer contra los mismos la querella dentro los 5 años á contar desde la adicion. No debe parecer estraño que la accion de que se trata se dé contra una persona distinta del heredero escrito, á pesar de las ll. 1. y 24. D. *de inoff. testam.* y 2. de este tít.; pues que los sucesores abintestato en el indicado supuesto, ocupan el lugar de los testamentarios: por una razon parecida puede instituirse la misma accion contra el fideicomisario universal, l. 1. C. *de inoff. testam.*, y contra el hijo preterido que habiendo vindicado la herencia se colocó en lugar del heredero escrito, l. 20. D. *de bonor. possess. contr. tab.*, y allí Bart.

(23) Añád. l. 2. C. *in quib. caus. in integr. restit. non est necess.*

(24) En este caso no tiene derecho á la querella de testamento de inoficioso, segun esta l., la l. 6. C. *de inoff. testam.*, el §. 6. Instit. d. tít. y la l. penúlt. C. *de collat.*; añádase lo que dije en la l. 10. tít. 1. Adviértase que si al hijo se le instituye simplemente en la legítima, semejante disposicion se considera universal, entendiéndosele llamado á toda la herencia, escepto el quinto; á tenor de la ley del Fuero y de las leyes de Toro; así lo prueba la l. 27. §. 13. D. *ad Trebell.*, segun Ang. allí; si bien Paul de Castr. dice, que algunos sostuvieron lo contrario, fundados en que la legítima es parte de los bienes, mas no de la herencia; pues que aquella se debe del líquido resultado de la segunda, esto es, deducidas las deudas, l. 8. §. 8. D. *de inoff. testam.*; y además porque la institucion en una parte de los bienes, no se considera disposicion universal, si se hubiese nombrado otra persona con el título de heredero, l. 66. §. 2. D. *ad Trebell.* Empero la opinion de Ang. hállase apoyada en el cit. §. 3., segun este D.; y la defiende allí Paul. de Castr. contestando que si bien la legítima es una parte del líquido resultado de la herencia, sin embargo no deja de ser parte de la misma; y manifiesta la grande diferencia que va de considerar la institucion en la legítima como disposicion universal, á tomarla como una especie de manda de parte de los bienes; pues que en el primer caso el instituido debe responder á prorata de las deudas hereditarias, pero no en el segundo. Es de advertir que, segun Alex. lug. cit., la opinion jeneral considera la legítima como parte de los bienes, esto es, en si misma y en cuanto á los efectos, arg. d. l. 8. §. 9., y así opina Bald. en la l. 35. D. *de hœred. instit.*

(25) Tenemos aquí que al hijo debe dejarsele la legítima á título de institucion; de la misma suerte deberá dejarse á los descendientes, segun Bart. en la nov. 115. cap. 3. §. 14. vers. *sive igitur*, y esta es la opinion jeneral, segun Jas. en la auth. *novisima*, C. *de inoff. testam.*, en oposision con Bart. en d. lug. ¿Sí el padre deja algo al hijo por su legítima, se entenderá en caso de duda á título de institucion? Parece estar por la afirmativa la mayoría de los DD., como dicen Bart., Bald. y Fulg. en la auht. *unde si parens* C. *de inoff. testam.* y Bald. en la l. 9. C. *de impub. et ali. substit.*, cuyo testo prueba bastante esta misma opinion: atestiguan tambien allí ser la general. Alex. y Dec. Sostienen la contraria Salic. en la l. 13. C. *de herœd instit.* cuest últ., Imol. en las ll. 48 y 1. §. 4. D. d. tít., Alex. en la l. 14. §. 5. D. *ad Trebell.*, Jas en la cit. auht. *novissima* y Guill. Bened. en la repet. al cap. *Raynussius de testam.* sobre la palabra *delinquens;* y parece estar de acuerdo con esta opinion nuestra ley de Part., atendidas aquellas palabras que se leen mas abajo, *mas si aquella parte le dejasse en el testamento, non como a heredero*, etc.: es de advertir que la misma opinion se halla limitada de varias maneras por Guill. Bened. lug. cit. Bald. en el cap. *per tuas, de probat.* promovió la siguiente cuestion que dijo ventilarse entónces: si el testador, dice, instituye á uno en calidad de hijo, y despues en un segundo testamento le instituye en una pequeña parte, sin llamarle hijo, y si solo espresando que fué alimentado en su casa ¿podrá como preterido acusar de nulo el testamento? el mismo D. alega en pro y en contra dejando el pun-

ouiesse, o ordenasse dellos en otra manera qualquier; estonce, maguer se querellasse el fijo, non podria quebrantar el testamento. Mas si aquella parte le dexasse en el testamento, non como a heredero, mas como en razon de manda, estonce podria quebrantar (26) tal testamento. E esto se entiende, si el fijo, non recibiesse aquella parte que le era mandada. Ca si la recibiesse (27), e non lo protestasse (28) diziendo, que le fincasse en saluo la querella (29) que auia de tal testa-

to indeciso, pues que la cuestion era de hecho y de bastante empeño: indica esta misma cuestion de Bald. Alex. cons. 87. vol. 3. Adviértase que la hija puede ser instituida en la dote, Glos. en la l. 3. §. 4. D. *de minor.*, y esta es la opinion general, como atestigua Alex. cons. 169. vol. 5. col. penúlt. y cons. 168. vol. cit. ¿Qué dirémos si el testador declara en codicillos, que valga á manera de institucion lo que en testamento dejó á su hijo? Bald. en la l. 23. C. *de testam.* no tiene esto por bastante: quizá segun las leyes de nuestro reino bastaría, si el testamento fuere nuncupativo, y en los codicilos intervino el mismo número de testigos que en aquel. Otra cuestion: se entenderá preterido el hijo al cual el padre dá sustituto vulgar, diciendo, *si mi hijo no fuere heredero le sustituyo*? v. Bald., Bart. y la Glos. en la l. 8. C. *comm. de success.* ¿Qué dirémos si el padre dejó 100. á la hija, sin decir *á título de institucion*, prohibiéndole percibir mas? Bald. en la l. 6. C. *de hæred. action.* opina que no se entenderá preterida, porque parece que la intencion del padre fué que la hija compensára con la legítima lo que le dejaba; y aduce la l. 12. D. *ad l. falcid.*: hubo otros que opinaron con Bald., segun Guill. lug. arriba cit. 3. limit.: empero Salic. sostiene lo contrario en d. l. 6., síguele Guill. y esta opinion, la mas acertada, es la que aprueba nuestra l. de Part. ¿Sí el padre dijere, dejo 100. á mi hijo por derecho de falcidia, se entenderá á título de institucion? Así opina Bart. en la l. últ. D. *de pecul. legat.*, alegando la Glos. en la l. 20. §. 1. D. *de donat.* la que no prueba directamente esto de que se trata, y si solo que la parte legítima se llama tambien falcidia. La asercion de Bart. tiende á corroborar su opinion indicada, á saber que se entiende dejado á título de institucion, lo que se dejó por derecho de legítima; opinion á la que nos aderimos, dado que es de presumir que el padre quiso referirse al modo legal de dejar la legítima; añádase lo que digo en la glos. 31.

(26) Instituyendo la accion de nulidad, pues que nulo es el testamento en que falta la institucion del hijo, nov. 115. cap. 3 y 4.

(27) Añád. l. 10. §. últ., l. 12. y ll. penúlt. y últ. D. *de inoff testam.*, ll. 7 y 6. §. últ. D. *de bon. libert.* y Bald. en la l. 1. C. *de jur. fisc.* col. últ. Esceptúese el caso que el hijo recibiese el legado para restituirlo inmediatamente á otro, segun d. l. 10. §. últ., cuyo testo, segun Ang. allí se aduce para probar que si el hijo desheredado ó preterido es nombrado albacea, no pierde el derecho á la querella ni á la accion de nulidad, aunque acepte el indicado cargo; lo que dice oyó de boca del mismo Bald.: empero el propio Ang. sostiene lo contrario, es decir, que de la aceptacion de aquel cargo, aunque sea meramente para condescender con la voluntad del testador, se arguye la aprobacion del testamento. Hallo mas acertada la opinion de Bald., atendido que se sostienen los legados y demás disposiciones á escepcion de la institucion de heredero, cuando el testamento se rompe por causa de pretericion ó desheredacion, auth. *ex causa* C. *de liber. præt.* y l. últ. de este tít.; de lo que se sigue, que no hay ninguna contradiccion entre impugnar la institucion de heredero, y reconocer alguna de las demás disposiciones: parece venir en apoyo de la misma opinion el cit. §. últ.: además Paul. de Castr. en d. §. se inclina á ella, aduciendo la decision de Juan Andr. en las adic. al Specul. tít. *de Instrum. edit.* §. *nunc vero aliqua*, adit. que empieza *admittatur*.

(28) Téngase esto presente, pues que las leyes de donde esta se ha tomado no son tan esplícitas en ese punto. De aquí puede inferirse, que si el hijo acepta de su padre con cierto gravámen alguna cosa perteneciente á un mayorazgo antiguo, se perjudicará en sus derechos; sobre esta cuestion véase lo anotado por Bald. en el cap. únic. *de feud. guard.* §. últ. vers. *modó quœro*, donde dice que si la aceptacion es efecto de error ó de fuerza moral, no perjudicará al hijo ni á sus descendientes; y añade el mismo en el cap. 1. *qualit. jur. deb. vasall. dom. fidel.*, que los nuevos juramentos exigidos contra la costumbre antigua se presumen forzados.

(29) Es decir, la accion de nulidad, pues que el hijo no se halla instituido, nov. 115. cap. 3. Podria tambien entenderse de la querella de testamento inoficioso, tomando esta ley como limitativa de la inteligencia que los DD. dan á la cit. nov., en la opinion de los cuales el testamento es nulo, cuando el hijo no se halla instituido, por mas que se le haya dejado algo á título de legado ó fideicomiso: en efecto pudo nuestra l. haber querido esceptuar el caso que el hijo hubiese aceptado simplemente la manda que se le hizo por su legítima, y lo que es mas, segun se deduce mas abajo de la misma l., parece que aun cuando el hijo no acepte el legado, no podrá intentar la accion de nulidad, sino que deberá pedir la recision por medio de la indicada querella; y en este caso podria adoptarse la opinion general de que hice mérito en la glos. 25. Empe-

mento, non podria despues quebrantarlo. Pero si el padre non fiziesse testamento, e partiesse (30) lo que ouiesse entre sus fijos, faziendo codicilo, o alguna escritura, en que mostrasse su voluntad; maguer en tal escritura non dexasse al fijo aquella parte (a) que le mandaua, como heredero, por todo esso non se podria querellar, para quebrantar aquel testamento. Otrosi dezimos, que dexando el padre al fijo alguna cosa en su testamento como a heredero (31), maguer non le dexasse toda la su parte legitima que deue auer segun derecho, por todo esso dezimos, que non podria quebrantar el testamento; mas podria demandar, que aquello que le menguaua de la su parte que deuia auer, que gelo cumpliessen (32);

(a) quel mandaba, por todo eso Acad.

ro obstannos aquellas palabras de la nov. 115. cap. 3., á saber, *nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicomisum, vel alium quemcumque modum, eis dederit legibus debitam portionem;* así pues, y atendida la palabra *quebrantar* de que usa mas arriba nuestra l., entiéndase en este punto de la accion de nulidad.

(30) Concuerda con lo anotado por Azon. en la Sum. C. *de inoff. testam.*, col. últ. vers. *si autem non faciat. pater.*, con la l. 8. C. d. tít. y con la l. últ. C. *fam. ercisc.* Véase Alex. cons. 168. col. 2. vol. 5. donde prueba que no es menester que semejante division se haga á título de institucion, y añade que en estos términos debe limitarse el cit. cap. 3. de la nov. 115., y distinguirse á tenor de d. l. últ.: esta es la opinion que nuestra l. aprueba.

(31) Aprueba la opinion de la Glos. en la l. 30. C. *de inoff. testam.* ¿Qué dirémos, si el padre hace alguna disposicion en favor del hijo, usando de las palabras, *dejo tal cosa*, y añadiendo, ser su voluntad que valga el testamento del mejor modo y forma que valer pueda? Bald. en la l. 13. C. *de hæred instit.* col. 2. quiere que la institucion se entienda hecha á título de institucion, dado que las palabras deben tomarse atendidas las circunstancias y calidad de la persona que habla; aduce la l. 7. D. *de testam. milit.*, y algunas razones que allí pueden verse: añade que la generalidad de los hombres no conoce mas palabra general que la indicada; y por consiguiente que seria muy duro y contra la equidad natural el que á una palabra genérica no se le diera el sentido, segun el cual puede sostenerse la disposicion. Conviene no obstante en que, el hijo se entenderá preterido si el padre hubiese dicho dejarle tal ó cual cosa á título de legado. Plácenos esta decision de Bald., como conforme á la razon y nada opuesta á nuestra l., al contrario, hállase apoyada en aquellas palabras, *mas como en razon de manda.*

(32) Concuerda con la l. 30. C. *de inoff. testam.* Tiene esto lugar, aunque el padre que instituye al hijo en menor parte que la legítima, hubiese prohibido que este percibiere mas, nov. 115. cap. 5. y la generalidad de los DD. en d. l. 30; y aun cuando el hijo hubiese aceptado lo que le dejó su padre; añád. Paul. de Castr. en la l. 15. § 4. D. *ad leg. falcid.* Es tambien aplicable la misma disposicion á los padres, así como á los hermanos, siendo pospuestos á persona torpe, Glos. en d. l. 30. y allí v. Jas. Adviértase que, si bien la accion para el suplemento de la legítima ocupa el lugar de la querella de inoficioso, segun d. l. 30., no desaparece con el transcurso de 5 años: esta es la opinion general en oposicion con Bart. en la l. 30. C. *de inoff. testam.*, como dije en la l. ant., y lo espresa Rodr. Suar. en su comentario á la l. del Fuer. espositada en la repet. á la l. 32. C. *de inoff. testam.* 3. limit. fol. 66. col. 3. Tendrémos, pues, que la accion dicha durará 30 años, no obstando la l. 63. de Tor. que dá por prescrita á los 20 toda accion personal; pues que d. l. no debe estenderse al suplemento de la legítima, ó á la legítima, para cuya persecucion se concede la accion *petitio hæreditatis*: así concluye Corn. cons. 274. col. 1. y 2. vol. 1. con referencia á una ley semejante, así como Bald. en su tratado *de las prescripciones* fol. 36. col. 4. vers. 23. *quæro.* La misma accion se transmite á los herederos, Bald. en la l. unic. §. 5. C. *de caduc. toll.*, Salic. en la l. 36. princ. C. *de inoff. testam.*, la Glos. en d. l. y Dec. citando á Alex., cons. 81. n. 1. De la misma suerte que el heredero, quedarán escluidos sus sucesores al cabo de los 30 años, sino hubiesen instaurado la accion; presúmmese renunciada despues de tanto tiempo, como dice Suar. lug. cit., tratando de solventar la objecion fundada en que teniendo lugar el suplemento *ipso jure*, se hace inconcebible la prescripcion: á ese argumento podria contestarse, que si bien el suplemento se verifica de derecho, es esto bajo la condicion que se pida por la parte, como dijo una glos. notable en la cit. l. 36. princ., con la que están allí de acuerdo Alber., Bart. y Paul. de Castr., y lo mismo quiere Bald. allí respecto de la adquisicion inmutable que tiene lugar mediante aceptacion. Salic. es el único que allí opina que el suplemento se verifica *ipso jure*, sin necesidad de que se pida por la parte interesada; y fúndase en que de otra suerte tendríamos una condicion, esto es, un gravámen en la legítima, contra lo dispuesto en la l. 32. C. d. tít.; si bien que, segun él, no se transmitiria el suplemento á los herederos, si no se hubiese pedido, l. 65. §. 1. D. *de legat.* 1. por último reconoce que en la esencia no aprovecharia el suplemento, si no se pi-

e los otros, que son escritos por herederos (33) en el testamento, son tenudos de lo fazer.

LEY 6. *Como, aquel que otorga, o consiente en el testamento, en que lo deshereda su padre, non lo puede desatar despues.*

En qualquier manera, que otorgasse, o consentiesse el fijo, o el nieto, en testamento en que le ouiessen desheredado, assi como si le ouiessen dexado manda en el, o a su fijo (34), o a otro alguno que fuesse en su poder, e la recibiesse (35), o si el fuesse Abogado (36), o Personero, en defendiendo el testamento, o alguna de las mandas que fuessen en el escritas; o consentiesse en el testamento en alguna otra manera semejante destas (37), non podria despues querellarse (38), para quebrantar el testamento, nin deue ser oydo.

LEY 7. *Que fuerza ha el juycio que es dado para quebrantar el testamento.*

Quebrantado seyendo el testamento por alguna de las razones sobredichas en las leyes deste titulo (39), tal fuerza ha este quebrantamiento, que luego que la sentencia es dada por el Juez para quebrantarlo, si non se alçare, o alçandose, si fuere dado el juycio del alçada contra el heredero, contra quien fuere dada, pierde (40) porende aquella parte en que era establescido por here-

diere por el hijo, ó por su heredero; y esta opinion la admite allí mismo Jas. Por lo dicho se ve que la opinion de la Glos. es la mas general; así es que me admira que Suar. la presente como reprobada por la mayoría de los DD., siendo así que Salic. es el único que no la admite, movido por una razon muy débil: en efecto, aquella condicion tácita legal, *si el hijo lo pidiere*, no impide la transmision l. 99. D. *de condit. et demonstr.* Supóngase que el padre fundó un mayorazgo por via de legado á favor de uno de los hijos, que nombra heredero universal á otro hijo, y que pasa por alto un tercer hijo religioso, ó bien le deja una parte menor que la legítima: este podrá dirigirse por medio de la accion para el suplemento contra sus dos hermanos? Así parece, arg. l. 20. §. 2. al fin D. *de bon. libert.*, sin que obste la l. 1. C. *si cert. pet.*, pues que ella se refiere á los acreedores.

(33) De esto parece inferirse que el gravámen del suplemento pesara únicamente sobre los herederos, cual lo dispone tambien la nov. 115. cap. 5. vers. *cœterúm*: empero Bart. en la l. 8. §. 9. D. *de inoff. testam.* asienta que á los herederos y á los legatarios juntamente incumbirá suplir lo que falte á la legítima; y contesta á la cit. nov. que ella no dice simplemente *ab hæredibus*, sino que añade, *secundúm nostras alias leges*, segun las que los legatarios deben tambien soportar á prorata dicho gravámen, como lo dispone respecto de la legítima del patrono la l. 20. §. 2. D. *de bon. libert.* Nuestra l. habla simplemente de los herederos. Podríamos decir con Salic. y otros que siendo la legítima una especie de deuda, segun d. l. 8. §. 9., se deducirá, de la misma suerte que las demás, del cuerpo hereditario; pagándose del residuo los legados, detraida la falcidia por el heredero; y de esta suerte pesará en cierta manera el gravámen del suplemento, sobre los herederos y legatarios: ahora, si la porcion que debiese quedar al heredero despues de satisfechos los legados y la legítima, equivaliese á la cuarta parte del total de la herencia, no sufrirán dichos legados disminucion alguna. En estos términos parece que deberá entenderse nuestra ley.

(34) Añád. l. 12. D. *de inoff. testam.*

(35) Añád. l. ant. de este tít., vers. *ca si la rescibiesse*, junto con sus concord.

(36) Concuerda con la l. últ. D. *de inoff. testam.*

(37) Cual en los casos de la l. penúlt. §. 2. y l. 23. §. últ. D. *de inoff. testam.* y de la l. 8. C. d. tít.

(38) Atendido que luego se añade, *ni deue ser oydo*, tendrémos, que aprobando el testamento el desheredado, no solo pierde el derecho á la querella, si que tambien el de demandar la legítima: y si bien en la l. 35. §. 2. C. *de inoff. testam.* se declara que el reconocer la disposicion del testador, no perjudica en cuanto á la legítima; esto tiene lugar tan solo, como se vé en d. l., cuando el hijo fué instituido en alguna parte: entonces aunque la acepte sin protestar, le queda salvo el derecho á la restante, segun Rodr. Suar., de acuerdo con otros en la repet. á la cit. l. 32. C. *inoff. testam.* en la nueva ampliac. Será pues menester en semejante caso la renuncia espresa, segun Bald. y otros en d. l. 35. §. 2. y Alex. cons. 8. vol. 3.; véase en esta materia Pedr. de Auch. en su elegante cons. 152. Ahora, si el hijo fuese desheredado y reconociere el testamento paterno, quedará escluido de la querella, de la legítima y del suplemento, como lo asienta Paul. de Castr. en la l. 8. §. 10. D. *de inoff. testam.*

(39) Ya por causa de desheredacion, ya por motivo de preterición, l. 1. de este tít. y auth. *ex causa* C. *de liber. præt.* La palabra *quebrantando* de que usa aquí nuestra l., entiéndase latamente, aplicándola tambien al caso que el testamento se declare nulo por causa de preterición.

(40) Añád. l. 1. §. últ. y l. 19. D. *de inoff. testam.*

dero. Freuas ende, si fuesse fijo, o nieto (41) del que fiziesse el testamento. Ca estonce este atal, maguer se quebrantasse el testamento por querella de alguno de sus hermanos, aura la su parte, que deuia auer segun derecho (42). Otrosi dezimos, que como quier que el fijo (43), o el nieto, que fuesse desheredado (44) en el testamento, lo quebrantasse (45) por algunas de las razo-

(41) Añád. d. l. 19.

(42) No dice que parte: entiéndase pues, de la que le corresponderia abintestato; esta es la opinion de Irner., de la que se ocupa la Glos. en d. l. 19., y la aprueban allí Alber. y Paul. de Castr.: esta es sin duda la intencion de nuestra l., pues que, rescindido el testamento, ha de tener lugar la sucesion abintestato, á la que los hijos son llamados en partes iguales.

(43) Acerca del padre véase la l. 11. tít. ant. Qué dirémos del hermano preterido ó desheredado, habiéndose instituido una persona torpe? Bald. en la l. 27. C. *de inoff. testam.* cuest. 3. opina que tambien en este caso se sostendrán los legados; empero Ang. en la nov. 115. §. últ. é Imol. en la l. 17. D. *de inj. rupt.*, asientan lo contrario, fundados en que las leyes citadass por ser correctorias, deben limitarse á los hijos y á los padres, de los cuales únicamente habla, l. 8. §. últ. D *de inoff. testam.*: lo mismo sostienen Paul. de Castr. y Alex. en la l. 55. §. últ. D. *ad Trebell.*

(44) Véase lo que digo en la glos. siguiente. Serán aplicables esta l. y la cit. auth. *ex causa*, al caso que el padre ó madre pase por alto un hijo cuya existencia ignora? Fueron en este punto varias las opiniones, sobre las que puede versé latamente Alex. en d. auth. col. 10., 11. y 12., y allí se decide por la opinion de Bart. y otros como mas justa, á saber, que las mandas se sostendrán, si bien con algunas limitaciones sugeridas por Ang., y que el mismo Alex. indica en el lug. cit. Empero yo tengo por mas acertada en rigor de derecho la opinion contraria, que fué la de Bald. y otros, y puede verse en el lug. cit.

(45) Ya sea por medio de la querella de testamento inoficioso, ya en virtud de la accion de nulidad, ya en fin por la *bonorum possessio contra tabulas*: así entiende la mayoría de los DD. la nov. 115. cap. 3. §. últ. vers. *sivé igitur*, cuando habla de la rescision: hace al propósito la l. 2. D. *de off. procons.*, junto con la Glos., y prueba esto mismo la l. 11. del tít. ant.; y en efecto á cada paso sucede que una misma palabra se toma en sentido propio é impropio, Glos. en d. l. 2.: así pues, aunque el padre haya pasado por alto á un hijo que tenia bajo su poder, subsistirán las mandas, á tenor de esta l. de Part., de la cit. auth. y de la nov. de donde esta deriva. Empero, Oldrald. cons. 138. cuest. 1. sostuvo lo contrario, fundado en razones que pueden verse allí; y del mismo parecer eran varios DD. antiguos, con los que parece estar de acuerdo Az. en la sum. C. *de inoff. testam.* col. penúlt. vers. *hodie autem non videtur*: fúndanse en que faltando á los legados la base de la institucion de heredero, deben desaparecer, porque no pueden por si solos sostenerse; y añaden que la cit. nov. cuando dispone subsistan las mandas, no habla del caso en que el hijo es preterido, sino de aquel en que fuere desheredado, así como del supuesto que el emancipado preterido hubiese instituido la *bonorum possessio contra tabulas*. Con todo la opinion general está en contra de los citados DD., segun Alex. en d. auth. *ex causa.* col. 10., donde contesta á las razones que aquellos alegan, y á Juan de Imol. que adhiere á la opinion de los mismos. Nuestra l. de Part. parece concretarse al caso que el hijo fuere desheredado, como lo manifiestan aquellas palabras, *que como quier que el fijo, ó el nieto fuesse desheredado*; y de consiguiente parece aprobar el parecer de Az. y Oldrald. Sin embargo podria aun ponerse esta l. de acuerdo con la opinion comun, tomando en sentido lato la palabra *desheredar*, esto es, entendiéndola del hecho de escluir de la herencia espresa ó tácitamente, cual lo hace Bart. en la l. 17. D. *de inj. rupt.* col. 2.: además no puede negarse, que así esta l. como el cit. vers. *sive igitur*, y el vers. *sin autem hœc observata*, se estienden tambien al caso que el hijo sea desheredado sin espresion de causa, es decir, que entónces se sostendrán las mandas, Glos. en d. auth. *ex causa*, y allí latamente Bart. sobre la palabra *prœteritionis*, vers. *expediti sumus de contrariis*: ahora bien, la l. 1. de este tít. equipara á la pretericion, la desheredacion que se hizo sin los requisitos de la ley, de lo que resulta que la desheredacion sin causa debe tenerse por pretericion, l. 8. §. 2. D. *de bon. poss. contr. tabul.*; luego esta l. de Part. y la cit. nov. serán tambien aplicables al supuesto de ser preterido el hijo. Agréguese á lo dicho que en virtud de la disposicion terminante de la l. 11. del tít. ant., subsisten las mandas aunque el padre sea desheredado sin causa por su hijo, lo que por igualdad de razon debe aplicarse al supuesto que este sea desheredado de la misma suerte por su padre. Que dirémos si el padre no instituye heredero alguno en el testamento en que pasa por alto á su hijo? Tendrá lugar la disposicion de que nos ocupamos? Opinan negativamente la Glos. y Bart. en la l. 1. §. últ. D. *de vulg. et pupill.*, y el mismo Bart., alegando la cit. Glos. en d. vers. *sive igitur*, y Alex. con otros en d. l. 1. §. últ.: lo mismo tendrémos si el testamento fuere nulo por ser viciosa la institucion, Ang. en la l.

nes sobredichas, con todo esso las mandas (46) que fueron y escritas, e las libertades, que fuessen y mandadas, e otorgadas a los sieruos, non se embargan, nin se desatan por esta razon. E sobre todas las razones que auemos dichas en este titulo, dezimos que el yerro que el padre pusiere

29. §. 5. D. *de lib. et posth.* Empero, en virtud de la l. del Ordenam. tít. *de los testam.*, l. 1. subsisten los legados y demás disposiciones contenidas en el testamento, aunque no hubiese institucion de heredero: adviértase que la palabra *quebrantasse*, de que usa aquí la l., debe aplicarse á la institucion, con arreglo á la cit. auth. *ex causa*, de la cual se ha tomado. Preséntasenos ahora una cuestion interesante, á saber, si rompiéndose el testamento por causa de pretericion ó desheredacion, subsistirá á lo menos la institucion de heredero en cuanto al quinto, en cuya parte puede instituirse á un estraño: así parece, arg. l. 5. §. 6. D. *de legat. præst. contr. tab.*. sin embargo, asentamos que toda la institucion desaparecerá, cuando la desheredacion no se hizo válidamente, ó fué preterido el hijo constituido bajo la potestad del testador, ó bien lo fué sin causa el emancipado; porque siendo nulo en estos casos el testamento, como advierte la Glos. en la nov. 1. cap. 1. §. 4., debe desaparecer enteramente la institucion, siendo llamados los sucesores legítimos. La dificultad es mayor, si el hijo es desheredado ó bien el emancipado preterido con la espresion de causa, pues que entónces es precisa la accion *recisoria*: no obstante, opino que sucederá lo mismo en este caso, dado que segun el cit. vers. *sivé igitur* y el cap. 4. §. *si tales*, el testamento se rompe en cuanto la institucion no probándose la causa, y la herencia se adjudica por iguales partes á los hijos; y así opina Alex. en d. auth. *ex causa* col. últ.; añád. Bald. en la l. 22. C. *de fideicom.*, donde sostiene que lo mismo tendrá lugar, aun cuando los pobres se hallen instituidos, arg. d. auth. *ex causa.*

(46) Estiéndase á las mandas hechas bajo falsa demostracion, segun Salic. en la l. 3. C. *de fals. caus. adject. legat.*; si bien Ang. sostiene allí lo contrario; con Salic. está de acuerdo Alex. en d. auth. *ex causa* col. antepenúlt. Subsistirán las mandas hechas al hijo preterido que hizo declarar nulo el testamento? Mueve esta cuestion la Glos. en la l. 4. C. *de lib. præt.*, é indica sin decidirse las opiniones que sobre ese particular se habian manifestado. Bart. en la l. 5. §. 1. D. *de legat. præst.* refiere que Martin. Silan tratò esta cuestion, decidiendo que no se debian las mandas al que habia impugnado el testamento, cuya opinion defiende allí el mismo Bart. y mas latamente en d. auth. *ex causa* col. 9. y 10., y á la misma adiere Alex. de acuerdo con otros que cita en d. l. 4. al fin. ¿Qué dirémos si uno de los hijos instituido heredero fuese gravado con el pago de alguna manda, y luego un hermano suyo preterido ó desheredado hiciese declarar la rescision ó nulidad del testamento? ¿Este legado pesará sobre todos ó únicamente sobre el instituido? V. l. 14. §. 1. D. *de legat. præst.* junto con la Glos. Y si el testador hizo un testamento válido, y despues otro nulo á causa de pretericion, los herederos escritos en el primero, deberán pagar las mandas que el testador dispuso en el segundo? Bart. en la l. 18. D. *de legat.* 3. decide afirmativamente, queriendo que la auth. *ex causa* sea tambien aplicable á este caso: empero Ang. cons. 186. sostiene lo contrario, fundado en que d. auth. y la nov. de donde deriva corrigen el derecho antiguo en el supuesto que rompiéndose el testamento, se adjudique la herencia á los sucesores legítimos; por lo que no deben estenderse á los casos semejantes: adopta esta opinion Alex. de acuerdo con otros en d. auth. *ex causa* col. últ., esceptuando con Bart. el caso que en el segundo testamento se hubiese añadido la cláusula codicilar: si bien disienten en este punto Bald. en la l. 7. D. *de lib. et posth.* y en d. auth. *ex causa* col. 12, vers. *5. quæro*, y Juan de Imol. en el cap. *cum esses, de testam. 5. chart.* Qué dirémos de las donaciones por causa de muerte? ¿Subsistirán al igual de los legados? Así opina Bald. en la l. 19. C. *de pactis*; véase al mismo en la l. 2. C. *quib. res judic. non noc.*, col. 3., y Bart. en d. auth. *ex causa* col. antepen. sobre la sustitucion pupilar. Véase la l. 10. tít. 5. de esta Part., y lo que allí dije sobre la egemplar. En cuanto al fideicomiso universal, se sostendrá, segun Bart., en la l. 27. §. 6. D. *ad Trebell.*, de acuerdo con la Glos.; lo mismo opina Bald. en d. auth. *ex causa*, col. 10. vers *secundo oppono*, donde espresa, que el hijo deducirá su legítima y restituirá lo restante al fideicomisario; Alex. en d. auth. col. 5. y en el cit. §. 6. col. 4. dice ser esta la opinion mas general: fúndanse los DD. en aquellas palabras de la cit. auth., *cætera firma manent*, en las que dicen venir comprendido el fideicomiso universal, arg. d. §. 6. y l. 28. §. 1. D. *si quis omis. caus. testam.*: esto parece lo mas acertado aun por derecho de Part., porque si bien nuestra l. no se refiere tan esplícitamente á lo demas contenido en el testamento, debe interpretarse por medio de las leyes del derecho comun, las que no intentó derogar; y viene en apoyo de esto la l. 11. al fin tít. 1. de esta Part., cuando dice, *mas las mandas, e las otras cosas.* Sobre la estension de la palabra *cætera*, véase Bald. en d. auth. *ex causa*, col. 10. Pueden verse otras limitaciones á esta

al fijo en el testamento para desheredallo, quel heredero que establesciere, es tenudo de lo probar, assi como diximos en el titulo (47) de los desheredamientos.

l. y á la cit. auth., en Guill. Bened. repet. al cap. *Raynussius, de testam.* sobre las palabras *in eodém testamento relinquens*, fol. 227.

(47) V. ll. 4. y 10. tít. ant.

APÉNDICE

Sobre la legítima y mejoras.

Las leyes civiles que reglan las relaciones de familia atraviesan á menudo intactas por en medio de las revoluciones políticas y los grandes trastornos sociales.

Ora hayan sido estas leyes la sancion de una costumbre, ora fueran creadoras, porque así lo exigieron necesidades imperiosas; tenemos siempre un cierto número de esperanzas y hábitos enlazados con la existencia de las mismas leyes; y estos hábitos y esperanzas, que la educacion va transmitiendo, y que los usos y prácticas de cada familia fortifican, son una resistencia incalculable, que por lo general se opone á las innovaciones.

Si alguna vez la innovacion se lleva á cabo por la arbitrariedad del poder ó por una causa mas ó menos transitoria, la familia protesta en silencio, los recuerdos ocupan en ella el lugar de los derechos, y aguarda la ocasion de volver á su estado antiguo. Empero, si el cambio no esmas que la realizacion de nuevas ideas y convicciones que poco á poco han ido penetrando en la familia, debilitando los hábitos y haciendo vacilar las esperanzas, entónces la nueva ley es acatada y lleva el sello de la duracion.

La accion de estas causas ha influido de un modo visible, así en los cambios que en España han esperimentado la legítima de los hijos y los derechos de los padres á la sucesion de aquellos, como en que al cabo de mas de siete siglos se reprodujera como ley general en las Córtes de Toro, la de Chindasvindo que fijó el derecho de los hijos á la herencia paterna.

SECCION 1.ª

De la legítima antes de las leyes de Toro.

1.° Hasta Chindasvindo, la legítima, así la de los hijos, como de los padres en su caso, fué entre los españoles romanos la cuarta parte, con arreglo al derecho antejustinianeo (*a*). Entre los godos la facultad de disponer era absoluta: en ninguna parte el hijo era heredero forzoso de su padre, y mucho menos este debia serlo del primero (*b*).

2.° Bajo el reinado de Chindasvindo se adelanta en la fusion de los dos pueblos; se establece la unidad de derecho prohibiendo el uso de leyes estrañas, entre las cuales se cuentan las romanas (*c*); y es en esta época que los descendientes son declarados herederos forzosos de sus padres y abuelos, escepto en el quinto, cuya disposicion libre se deja á estos, y el tercio con que se les permite mejorar al hijo ó hijos que eligieren (*d*). La ley comprendia tambien á la madre, siendo de advertir que por lo que toca á la dote, tan solo podia disponer de la cuarta parte, si dejaba hijos (*e*).

De las legítimas desde la invasion serracena hasta las leyes de Toro.

3.° Consta por varios documentos que el Fuero Juzgo siguió en observancia, mayormente la parte relativa á los derechos de familia (*f*). Em-

(*a*) Véase el Breviario de Aniano, tít. *de inoff. testam.*, y en las sentencias de Paulo, lib. 4. tít. 5. el testo y la interpretacion.

(*b*) L. 1. tít. 4. lib. 5. del Fuero Juzgo.: en esta ley deroga Chindasvindo la ley antigua que atribuia á los padres la facultad omnímoda de disponer de sus bienes: aunque esta ley antigua no aparece, no dudamos afirmar que comprendia únicamente á los godos; pues que los españoles romanos se regian por el derecho romano compilado en el Breviario.

(*c*) L. 8. tít. 1. lib. 2. del Fuero Juzgo.

(*d*) L. 1. tít. 5. lib. 4. del Fuero Juzgo. Adviértase que segun el original latino los padres podian disponer del quinto enteramente á su arbitrio; al paso que de los términos de la version castellana parece deducirse, que tan solo podia destinarse á objetos piadosos.

(*e*) L. 1. tít. cit. Conviene no perder de vista para formar juicio sobre esta escepcion, que por las leyes godas era el marido quien constituia la dote, l. 6. tít. 1. lib. 3. del Fuero Juzgo.

(*f*) Véase el cap. últ. de la introduccion que puso la Acad. de la Historia en su edicion de dicho código; véase tambien Marina, Ensayo histórico crítico de la antigua legislacion, n.° 32. y sigs.

pero, tenemos por muy probable que al lado de la ley fueron poco á poco levantándose diversas costumbres opuestas á ella, costumbres que servirian de base á los distintos fueros municipales, de la misma suerte que al de las *fazañas y albedríos*.

4.° Estos fueros no se hallan todos de acuerdo en punto á la transmision de bienes de padres á hijos. Los hay, como el de Cuenca y Alcalá, que ordenan la distribusion de la herencia paterna entre los hijos por iguales partes. Otros atribuyen á los padres el derecho de mejorar en cierta porcion, como el de Soria, que autoriza la mejora en la cuarta parte.

El Fuero viejo de Castilla dispone que los hijos traigan á colacion lo que les hubieren dado sus padres; escepto el oro, dinero ó ayuda de caudal que uno de ellos hubiere recibido á título de casamiento ó cuando cantó misa, en el supuesto que el padre ó madre hizo la donacion estando sano; pues que de otra suerte no podian los padres disponer mas que del quinto (*g*).

5.° El Fuero Real, de acuerdo con el Fuero Juzgo, concede á los padres la libre disposicion del quinto, y además les autoriza para mejorar en el tercio á alguno ó algunos de sus hijos (*h*). Conformándose tambien con el mismo código, permite la libre disposicion de todos los bienes al que no dejare descendientes, aunque vivieren sus padres ó abuelos (*i*).

6.° Las Partidas atribuyeron el derecho de legítima no solo á los descendientes, si que tambien á los ascendientes en falta de aquellos, conformándose estrictamente con el derecho justinianeo (*j*): empero nuestro código no estuvo jamás en observancia en esta parte. En efecto, el Ordenamiento de Alcalá que le dió fuerza legal, le coloca en clase de supletorio de los demás códigos, y hasta respecto de los fueros municipales en cuanto estaban en uso (*k*).

SECCION 2.ª

De las legítimas por las leyes de Toro ó segun el derecho vigente.

7.° A principios del siglo 16.° se reproduce por las leyes de Toro la del Fuero Juzgo, relativa á la legítima de los hijos y facultad de mejorar: al mismo tiempo son declarados los padres herederos forzosos del hijo que no tuviere descendientes; esto es, en los dos tercios, dejando el tercio restante á libre disposicion de dicho hijo (*l*).

8.° No todos los hijos tienen derecho á la legítima, ó lo que es igual, no todos son herederos forzosos de sus padres. Corresponde únicamente este derecho á los legítimos, cuando se trata de la herencia paterna (*m*); son tales los nacidos de legítimo matrimonio, los que provienen de matrimonio putativo, y los legitimados por subsiguiente matrimonio (*n*): los legitimados por medio de autorizacion real, pertenecen tambien en rigor á la clase de los legítimos (*o*); pero no tienen derecho á la herencia del padre mientras exista algun hijo de los que quedan espresados (*p*). De la madre son herederos forzosos, primero los hijos legítimos, y en falta de estos los naturales y espurios, esceptuándose únicamente los nacidos de ayuntamiento punible de parte de la misma madre (*q*).

9.° Los ascendientes son por su órden herederos forzosos de sus descendientes legítimos, siempre que estos no los tengan de la misma clase ú otros que hayan derecho de heredarlos (*r*). Así pues, para que los padres ó abuelos tengan derecho á la legítima respecto de la hija ó nieta, es preciso que ella no haya dejado descendientes legítimos ni ilegítimos, porque estos, como

(*g*) Lib. 5. tít. 3. fuero 6. Una escepcion hallamos y es relativa al hijodalgo, el cual podia legar el caballo y armas al primogénito, lib. 5. tít. 2. fuero 4.: este fuero espresa además, que el padre no podrá hacer otra mejoría.

(*h*) L. 10. tít. 5. lib. 3. F. Real.

(*i*) L. 1. tít. 6. lib.3 F. Real: *si fijos*, dice, *ó nietos, ó dende ayuso no hobiere de muger de bendicion, ni otros fijos que hayan derecho de heredar, pueda fazer de todo lo suyo lo que quisiere; de guisa que el Rey el suyo non pierda: e no le pueda embargar, ni padre, ni madre, ni otro pariente.*

(*j*) L. 17. tít. 1. y l. 8. tít. 13. de esta Part.

(*k*) L. l. 1. tít. 28 del Ordenam. de Alcalá, que es la l. 3. tít. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.

(*l*) LL. 28. y 6 de Toro, que son las ll. 8 y 1. tít. 20. lib. 10. Nov. Recop. Durante la reconquista existia una necesidad imperiosa, incesante, la de la guerra: ahora, como el número de soldados con que concurria cada concejo se graduaba por él de los propietarios, natural era que la mayor parte de fueros municipales ordenaran la distribucion de la herencia paterna con igualdad entre los hijos. Esta causa habia desaparecido á últimos del siglo 15.°, así que nada tiene de estraordinario el que se reprodujese la antigua ley sobre la legítima de los hijos. De otra parte el estudio de las leyes romanas y del código de las Partidas, necesariamente habia de preparar la opinion á favor de los padres, en términos que ya no fuese posible desconocer el derecho que tienen á la herencia de los hijos que les premueren sin dejar descendientes.

(*m*) L. 1. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.

(*n*) L. 1. tít. 13. Part. 4.

(*o*) L. 4. tít. 15. Part. 4.

(*p*) L. 7. tít. 20 lib. 10. Nov. Rec.

(*q*) L. 5. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec. y l. 11. tít. 13. de esta Part.

(*r*) L. 1. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.

habemos dicho, tambien tienen derecho á heredarla por testamento y abintestato, á escepcion de losnacidos de union punible: y para que á los mismos ascendientes, les corresponda semejante derecho sobre la herencia de sus descendientes varones, es menester que estos carezcan de descendientes legítimos ó legitimados, y hasta de hijos naturales (s).

10.° Sin embargo de lo que acabamos de decir, parece que á la madre y abuela les corresponderá la legítima sobre la herencia de los hijos ó nietos, no solo legítimos, si que tambien ilegítimos pues, que estos son herederos forzosos de aquellas. Fúndamonos en el principio de la reciprocidad, principio generalmente seguido por las leyes en materia de succesiones; si bien es preciso confesar que si alguna vez se separan de él, es cabalmente cuando se trata de las relaciones entre los parientes legítimos y los ilegítimos (t).

De las personas á quienes pueden dejarse las mejoras.

11.° Llevamos dicho que los ascendientes son herederos forzosos en los dos tercios: ahora, el tercio restante puede dejarlo el descendiente á quien quiera (u). Igual libertad tienen los ascendientes respecto del quinto (x).

Empero en el tercio, pueden únicamente mejorar á uno ó mas de los hijos á quienes la ley, declara herederos forzosos, y á los hijos de estos, aunque por vivir sus padres no sean legítimarios en la succesion del abuelo (y).

Esceptuánse las hijas las que no pueden ser mejoradas espresa ni tácitamente, así en el tercio como en el quinto, á título de adote y en general por causa de matrimonio. (z) En vista de semejante prohibicion dúdase si será ó no válida la promesa de no mejorar que por dicha causa hiciere el padre á la hija. Nosotros opinamos por la validez, atendido que la igualdad que ha de resultar de semejante promesa, no se opone al objeto de la ley, la que se propuso impedir que el padre, arrastrado por el lujo de toda especie que se habia introducido en los matrimonios, perjudicára inconsideradamemente á los demás hijos.

Modos de hacerse las mejoras, y su revocabilidad ó irrevocabilidad.

12.° En cuanto al objeto pueden hacerse las mejoras, ya en abstracto, esto es, simplemente del tercio ó quinto ó de parte del tercio ó quinto, ó enfin, de los dos á la vez; ya en concreto, ó, lo que es igual, en cosa determinada, por eg. en tal finca (a). El señalamiento de cosa en que haya de consistir la mejora, no puede cometerlo el mejorante á persona alguna (b).

13. En cuanto á la forma puede hacerse la mejora de los modos siguientes: 1.° En testamento ú otra última voluntad. 2.° Por contrato y en general por un acto entre vivos. (c) 3.° Resulta tambien una especie de mejora tácita de cualquier donacion simple que el padre ó madre hiciere á alguno de los hijos, y tambien de la donacion con causa, en cuanto escediere de la legítima: en efecto, las donaciones simples las imputa el hijo al tercio, lo que sobrare al quinto, y si algo restare aun á la legítima; al paso que las donaciones con causa las imputa primero á la legítima, y lo que restare al tercio y quinto por su órden (d)

14.° Toda mejora hecha en última voluntad es revocable hasta la muerte del que la hizo.

Los son tambien por punto general las que se hicieren por contrato á favor de los hijos y demás descendientes legítimos, estén ó no bajo la patria potestad del mejorante; salvo en los casos siguientes: 1.° Cuando se hubiese entregado al mejorado ó á quien su poder hubiere la posesion de las cosas en que se fija la mejora. 2.° Si á presencia de escribano se le entregó la escritura que contiene la misma mejora: 3.° Si se le hubiere mejorado por causa onerosa, mediando en el contrato un tercero, por ej., por via de casamiento. En cualquiera de estos casos la mejora es irrevocable, á no ser que el mejorante se hubiese reservado la facultad de revocarla, ó que sobreviniere una causa de aquellas que segun las

(s) Por la l. 6. tít. cit., el padre que no tuviere hijos ú otros descendientes legítimos, puede mandar al hijo natural lo que quisiere: he aquí, pues, como existiendo hijos naturales no puede decirse en rigor que los ascendientes sean herederos forzosos. Empero ¿lo serán en el caso que el padre instituyere heredero á un estraño postergando al hijo natural? Parecenos esto indudable, porque el objeto de la ley citada no fué ampliar de un modo absoluto la facultad de disponer, en el caso de existir hijos naturales, y si solo concederla en beneficio de estos mismos hijos; ahora bien, no usando de ella el padre, ha de tener aplicacion lo establecido por la l. 1.ª del mismo título.

(t) Véase la l. últ. tít. 13. de esta Part.

(u) L. 1. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.

(x) L. 8. tít. cit.

(y) L. 2. tít. 6. lib. 10. Nov. Rec.

(z) L. 6. tít. 3. lib. 10. Nov. Rec.

(a) L. 3. tít. 6. lib. 10. Nov. Rec.

(b) L. cit. Esta ley, tanto atendida su letra como su espíritu, no admite restriccion alguna en este punto.

(c) L. 1. tít. cit. (d) L. 10. tít. cit.

leyes del Reino, dan derecho para la revocacion de las donaciones perfectas (*e*).

15.° La promesa de no mejorar hecha á alguno de los hijos ó descendientes es tambien revocable, á no ser que se hubiese verificado en escritura pública (*f*).

La promesa de mejorar hecha á alguno de los descendientes tiene igual carácter de revocable; salvo si se hiciere por causa de casamiento ú otra que sea de la clase de las onerosas; y en tal caso, si el ascendiente no hizo la mejora prometida, se tiene por hecha á su fallecimiento (*g*).

16.° La revocacion así de las mejoras, como de las promesas de mejorar, puede ser espresa ó tácita.

Son varios los hechos de los cuales puede resultar la revocacion tácita. Las reglas que deben regir en este punto, son en nuestra opinion las mismas que se establecen respecto de la revocacion de las mandas, pues que la mejora, mientras no sea irrevocable, es una especie de manda (*h*).

Modo de calcularse las mejoras—Imputaciones.

17.° El tercio y el quinto son con relacion el valor de los bienes del mejorante al tiempo de su muerte (*i*). Así pues, ni las donaciones irrevocables hechas por el mismo mejorante, ni las dotes que hubiese constituido, se contarán como parte de sus bienes, porque salieron de su patrimonio (*j*).

18.° Calculado el valor líquido del patrimonio (pero sin deduccion de los gastos de entierro) se sacará primero el quinto, si el padre hubiese hecho esta mejora, y de lo que restare se deducirá el tercio (*k*).

Sin embargo, si el padre, en beneficio del cual se da la preferencia al quinto, renunciarse á ella, disponiendo que antes se deduzca el tercio, así deberá efectuarse. Otra escepcion se señala por los intérpretes de nuestro derecho, á saber, en el caso que el padre hubiese hecho la mejora del tercio por contrato irrevocable: pero esto tiene mayor dificultad: en nuestra opinion conviene distinguir entre la mejora del tercio en abstracto, y la que se hace fijando cantidad ó designando cosas: en el primer caso vemos una obligacion contraida por el padre, respecto del tercio, pero nada vemos de donde pueda deducirse que aquel consintiera en que dicha mejora se dedujese con antelacion al quinto: en el segundo caso tendrémos claramente manifestado ese consentimiento, si la cantidad fijada, ó el valor de las cosas designadas ó entregadas equivaliere á la tercera parte de la totalidad de los bienes.

19.° Las donaciones hechas por el padre ó madre á alguno de sus hijos (las que, segun llevamos dicho no entran en cuenta para calcular el importe de las mejoras) se traen á colacion por el hijo donatario, si reclamare su parte en la sucesion paterna ó materna (*l*).

La colacion se verifica en esta forma: si la donacion es simple, como que se reputa mejora, se imputa desde luego al tercio, lo que sobrare al quinto, y por último á la legítima, revocándose como inoficiosa la parte escedente: si la donacion fuere con causa, se imputa primero á la legítima, y al tercio y quinto por su órden lo que sobrare (*m*).

20.° Si el hijo no reclamase su parte en la herencia del padre ó madre, de quien recibió la donacion, nada confiere, ni restituye, á no ser que los demás resultaren perjudicados en la le-

(*e*) L. 1. del mismo tít. 6. lib. 10. Nov. Rec. Esta ley habla únicamente de la mejora del tercio, pero es sin duda por via de ejemplo, pues que la razon es la misma en el quinto: á mas de que la l. 6. del mismo título no hace distincion entre el tercio y el quinto, ocupándose de la revocabilidad de las promesas de mejorar ó no mejorar.

(*f*) L. 6. tít. 6. lib. 10. Nov. Rec.

(*g*) L. cit.

(*h*) Los intérpretes de nuestro derecho siguen visiblemente este camino: sus decisiones sobre la revocacion tácita de las mejoras, y acerca de los casos en que la mejora se entenderá trasladada en otro hijo, ó bien este conjunto con el anteriormente mejorado, se hallan bastante de acuerdo con las leyes españolas y romanas que versan sobre la revocacion y translacion de los legados.

(*i*) L. 7. tít. 6. cit.

(*j*) L. 9. tít. cit.

(*k*) L. 214. del Estilo.

(*l*) L. 5. tít. 3. y l. 10. tít. 6. lib. 10. Nov. Rec.

(*m*) LL. cits. A tenor de l. 5. cit. (l. 29 de Toro) cuando se trataba de calcular si la dote era ó no inoficiosa, podia la hija escojer entre el valor de los bienes paternos al tiempo en que la dote se consituyó, ó el que tenian cuando falleció el padre; y sosteníase por entero la dote con tal que en la época elegida cupiese en la legítima, tercio y quinto. Empero, por la ley 6.ª del mismo tít., promulgada algunos años despues, se prohibió mejorar espresa y tácitamente á las hijas, por via de dote ó casamiento: así es que se duda, si á lo menos respecto de la eleccion indicada habrá quedado subsistente la ley de Toro. Si atendemos á la letra de la cit. l. 6., será preciso resolver la cuestion negativamente; porque dado que la dote se sostuviera en su totalidad á beneficio de atenderse el valor que tenian los bienes paternos al tiempo de las cartas dotales, la hija percibia mayor cantidad que la legítima, y por consiguiente resultaba mejorada. Mas si consideramos el espíritu de la misma ley, la que tiene únicamente por objeto prevenir los escesos en las dotes, atendiendo al patrimonio de los padres al

gítima: entónces devolverá la parte en que la donacion es inoficiosa (n).

21.° Separadas las mejoras, ya sea por cálculo, ya en realidad, ya por imputacion, lo que resta es la legítima de todos los hijos.

Pago de las mejoras — Frutos.

22.° A los herederos no puede precisárseles á que paguen las mejoras antes que se hayan satisfecho todas las deudas del difunto, que parecieren, pues que pesan ellas á prorata sobre las mejoras, aunque se hubiesen hecho en cosa cierta; y sin que obste el que el hijo mejorado haya renunciado la herencia, aceptando la mejora (o).

23.° La mejora se satisfará en las cosas que al efecto hubiese designado el mejorante. Cuando el valor de estas escediere del importe del tercio y quinto, el esceso se imputará á la legítima. Si el valor de dichas cosas no equivaliere á la cantidad á que aciende la mejora para la cual se consignaron, se suplirá por los herederos lo que falte: empero no habrá lugar á suplemento, cuando la mejora se hizo directamente en cierta cosa por razon de tercio ó quinto ó de entrambos. Va grande diferencia entre legar el tercio ó quinto con señalamiento de tal ó cual finca, y el hecho de dejar esta finca por razon de tercio ó quinto: en el primer caso la manda tiene por objeto dicho tercio ó quinto, y en el segundo la finca es la cosa legada.

Si la mejora de tercio ó quinto se hizo en el abstracto, se entregará en especie al mejorado la parte correspondiente de los bienes del mejorante; á no ser que la herencia no admita division, ó que esta no pueda verificarse sin perjuicio de los mismos bienes: en este caso pueden los herederos satisfacer en dinero la mejora (p).

24.° En cuanto á los frutos es preciso distinguir.

Si la mejora se hizo entre vivos, mediante la entrega de la cosa y sin reserva de la facultad de revocar, no cabe cuestion; el mejorado ha percibido los frutos de cosa propia, y de consiguiente los ha hecho suyos. Tambien creemos que los hará suyos sin sujecion á imputarlos en caso alguno, aunque la mejora fuese revocable, porque la intencion del mejorante al anticipar la entrega no puede ser otra que el que se utilice de la finca el hijo, y consuma, si le place, los frutos que ella produzca.

En el mismo supuesto de haberse hecho la mejora entre vivos, pero sin efectuar entrega, el mejorado no puede reclamar los frutos anteriores á la muerte del mejorante, ya fuera revocable, ya irrevocable la mejora; porque durante la vida de este, ni hubo mora, ni tenia dominio el primero. Pero desde la muerte del mejorante entran en cuenta los frutos en la forma que luego espondremos.

Si la mejora se hubiese hecho en última voluntad, el mejorado tendrá derecho á los frutos desde la muerte del testador; es decir, á los frutos que la cosa haya producido, si la mejora se hizo en cosa determinada, ya directamente, ya por via de consignacion; á una parte correspondiente de la totalidad de los frutos que produzcan los bienes, si la mejora se hubiese hecho en abstracto sin designar cosa en que deba pagarse (q).

Gravámenes de las mejoras.

25.° Pesan á prorata sobre las mejoras las deudas del difunto, como queda dicho mas arriba.

Además puede el mejorante imponer sobre el quinto los gravámenes que quisiere, por ser la parte cuya libre disposicion se le concede; esceptuando únicamente aquellos que constituyan vinculacion.

En el tercio, por ser legítima de todos los descendientes, no puede imponerse por punto general gravámen alguno. Las leyes de Toro autorizaron no obstante el de restitucion á favor de las personas siguientes por su órden: descendien-

constituirlas; podrá aun sostenerse la ley de Toro en punto á la eleccion: tanto mas cuanto media en este caso un tercero interesado en virtud de un contrato, el de matrimonio, contrato que nuestras leyes califican de oneroso.

(n) LL. 5. y 10. cits.

(o) L. 5. tít. 6. lib. 10. Nov. Rec.

(p) L. 4. tít. cit.

(q) Esto es en nuestra opinion lo que exigen los principios, sea cual fuere la práctica que se observe. En efecto, cuando la mejora es en cosa cierta, al mejorado no pueden negársele los derechos que tuviere el legatario de la misma cosa, al cual correspondieran los frutos de ella desde la muerte del testador (glos. 209. del tít. sig.); y no pueden negársele los derechos de un legatario porque es algo mas, tiene el carácter de heredero segun la l. 5. tít. 6. lib. 10. Nov. Rec. Empero si la mejora es en abstracto, del quinto por ejemplo, el mejorado es entónces un heredero de la quinta parte, y en calidad de tal tiene derecho, mientras permanece en conmunion á igual parte de los frutos, así como se le hará cargo de la quinta parte de los gravámenes que pesen sobre la herencia, y de cuantos gastos ocurran. Si consideramos la mejora como deuda de los herederos y crédito del mejorando nos resultarán consecuencias algo distintas; y este es el principio de que al parecer han partido algunos AA.: pero no es posible admitirlo en presencia de las leyes que atribuyen la calidad de heredero al mejorado; es en efecto un coheredero que vindica su parte en la division, lo mismo que los demás coherederos, y no en calidad de deuda de estos.

TITULO IX.

DE LAS MANDAS QUE LOS OMES FAZEN EN SUS TESTAMENTOS.

Mandas fazen los omes (*a*)en sus testamentos,por sus animas, o por fazer bien a algunos,con quien han debdo de amor, o de parentesco. E pues que en los otros titulos ante deste fablamos de los herederos, que heredan todos los bienes de aquellos que los establecieren. E otrosi de los desheredamientos, que se fazen a derecho, o a tuerto, contra aquellos que deuen heredar. Queremos aqui dezir de las mandas, que dexa el testador de cosas señaladas en su testamento. E mostrar, que cosa es manda. E quien la puede fazer. (*b*)E quien non. E en que manera. E de que cosas. E como se puede reuocar, o desatar. E quien la puede demandar, despues que fuere fecha. E en que tiempo. E en que lugar.

LEY 1. *Que cosa es manda, e quien la puede fazer, e a quien, e en que manera.*

Manda es una manera de donacion (1),que dexa el testador en su testamento, o en cobdicillo, a alguno por amor de Dios, o de su anima, o por fazer algo aquel a quien dexa la manda. Otra donacion fazen, a que dicen en latin, donatio causa mortis, que quier tanto dezir, como cosa que da el testador a otro, cuydandose morir. E desta fablamos en el titulo de las Donaciones (2). E puede fazer tal manda, o tal donacion, todo ome que ha poder de fazer testamento, o codicilo (3). Otrosi dezimos, que a todos aquellos puede ser dexada manda, que pueden ser establescidos por herederos (4); e quales son los que pueden esto fazer, e quales non, mostramos cumplidamente en las leyes que fablan en esta razon, en el titulo de los Testamentos (5), e en el titulo de los Establescimientos de los herederos (6). Pero dezimos, que maguer acaesciesse, que alguno ouiesse tal embargo en el tiempo que le mandassen algo en el testamento, que estonce non lo pudiesse auer de derecho, si en el tiempo que muriesse (7) el testador fuesse libre de aquella razon que gelo embargaua, non deue perder la manda que le fue dexada, ante la deue auer.

LEY 2. *Quando muchos herederos son establescidos en el testamento, como el vno dellos puede auer la manda que le dexasse el testador, maguer non quisiesse ser heredero.*

Muchos herederos de so vno dexando algun ome en su testamento, si mandasse alguno dellos señaladamente alguna cosa, demas que a los otros herederos, dezimos que este atal, maguer desamparasse la heredad del fazedor del testamento, que deue auer por razon que era esta

(*a*) á las veces en sus Tol.

(*b*) et á quién, et en qué maneras, Acad.

(1) V. l. 36. D. *de legat.* 2. y el princ. Instit. *de legat.*, donde se añade *ab hærede præstanda.* ¿Sí el testador entrega en vida al legatario la cosa legada, se convertirá en donacion entre vivos la manda? Así opinaba Dyn.; mas Rayn. al cuál sigue Alber. en di l. 36., sostenia que el acto conservaba la naturaleza de legado: véase allí Bart. distinguiendo entre la entrega hecha simplemente, y la que se verifica espresando el testador que es por causa del legado.

(2) En la l. últ.

(3) Añád. l. 2. D. *de legat. 1.* y l. 25. D. *de donat. caus. mort:*. luego el que no tiene capacidad para hacer testamentos ó codicilos, no podrá hacer mandas ni disponer fideicomiso alguno; serán pues incapaces al efecto los cardenales, quienes por costumbre de la Curia Romana, segun el Hostiens. en la Sum. tít. *de pœnit. et remiss.* §. *qui confitendum,* vers. *cui autem debent*, no pueden testar sin la licencia del Papa; así como los obispos, respecto de las cosas que han adquirido para la Iglesia, cap. 1. *de testam.* es notable en la materia Socin. cons. 91. vol. 3.; véase tambien Socin. el mas joven cons. 89. vol. 1.

(4) Añád. §. 4. Instit. *de legat.*

(5) V. l. 13. y siguientes.

(6) V. ll. 3, 4, y 5.

(7) Añád. l. 12. §. 2. D. *de legat. 1.*, l. 82. D. *de acquir hæred.*, l. 7. D. *de legat. 3. 1. respon.*, l. 3. §. 1. D. *de jur. fisc.* y l. 19. D. *de reb. dub.*, junto con la Gloss. Aprébase aquí la opinion de aquellos que decian que para la capacidad de los legatarios debia únicamente atenderse al tiempo de la muerte del testador; v. Luc. de Pen en la l. 1. C. *de delat.*

---

tes legítimos, descendientes ilegímos con derecho de suceder, asendientes, colaterales y estraños(*r*).

(*r*) L. 11. tít. 6. lib. 10. Nov. Rec.

Este gravámen podrá aun sostenerse, mientras no pase de una mera sustitucion fideicomisaria.

blescido por heredero con los otros, non se le embarga porende, que non aya la manda (8) de la cosa señalada, que la dexo el testador. Fueras ende, si le fuesse defendido señaladamente en el testamento, que non ouiesse la manda (9), si dexasse la herencia, non queriendo ser heredero della.

LEY 3. *Como el fazedor del testamento puede obligar a aquellos a quien manda algo en el, que den a otri, fasta en aquella quantia que les dexa.*

Puede el testador mandar, e obligar en su testamento, o cobdicilo, a aquel que establesciere por su heredero (10), que de, o pague alguna cosa

(8) Concuerda con las ll. 18., 8, 87. y 17. últ. §. *de legat.* 1., 75. §. 5. D. *de legat.* 2. y 12. C. *de legat.* Esto puede ser conveniente para el que tema los litigios en que pueda verse envuelto despues de la adicion, Bald. é Imol. en d. §. últ. He aquí el motivo de la disposicion de la l. 21. de Toro, la que dispone que el hijo mejorado en tercio y quinto pueda aceptar la mejora y repudiar la herencia; lo que por la l. 29. se estiende á la dote y otras donaciones: en el caso de la cit. l. 21. las dudas se detraen á prorata de la mejora, tanto si esta consiste en cosa cierta, como si se hizo de una parte alícota de los bienes, lo que es singular y merece notarse, siendo de advertir, que vienen en apoyo de esto las ll. 9, y 8. §. últ. D. *de legat.* 2. La disposicion indicada no tiene dificultad, cuando la mejora consiste en una parte alícota de los bienes, pues que bajo este nombre viene lo que resta, deducidas las deudas, l. 39. §. 1. D. *de verb. signif.* y l. 72. D. *de jur. dot.*: empero si hizo la mejora en cosa cierta, como que es una especie de legado de cosa particular, parece que el mejorado no debia sufrir disminucion por causa de las deudas hereditarias, arg. l. 1. C. *si cert. petat.* y lo anotado por Bart. en la l. 1. D. *de usufr. legat.* vers. *quæro quid si legatur*, donde dice que, legándose la tercera parte de los bienes muebles é inmuebles, parece ser de cosas ciertas el legado, atendido que no pasan al legatario las acciones, y por lo mismo no debe responder de las deudas, Instit. §. 9. *de fideicom. hæred.* y l. 32. §. 1. D. *mand.*: además en las donaciones tenemos que el donatario no resulta obligado á los acreedores hereditarios y si solo el heredero del donante, ll. 15 y 24. C. *de donat.* y l. 2. C. *de revoc. his quæ in fraud. credit.*; lo que tambien tiene lugar en las donaciones de una parte alícota de los bienes, segun Déc. latamente cons. 223. El fundamento de la disposicion de que se trata está quizás en que siendo legítima de los hijos todos los bienes escepto el quinto, podrian aquellos salir perjudicados en su derecho, si el legatario ó donatario tuviese su parte libre del gravámen de las deudas, las que bajo ese supuesto deberian ser pagadas por los hijos, dado que antes que la legítima vienen los acreedores, l. 8. §. 9. D. *de inoff. testam.*: esta fué sin duda la razon, porque la l. de Toro hizo tambien responsable de las deudas á prorata al legatario ó donatario del tercio ó quinto de los bienes; y en efecto, debe ante todo detraerse el haber pasivo, segun Paul. de Castr. en d. l. 8. §. últ.: además, así como se revocan los legados por causa de las deudas, l. últ. §. 5. vers. *licentia*, C. *de jur. delib.*, se revocarán tambien por motivo de la lejítima, l. 35. §. 1. D. *de hæred. instit.* y la Glos. en d. l. 1. C. *si cert. pet.*; razon que milita tanto si el tercio ó quinto se deja como parte alicota, como si se mejora en cosa cierta. Nótese esto para mejor inteligencia de la cit. l. de Toro y de lo que dicen los DD. en los lug. cit.: de lo mismo resulta que no debiendo seguirse el indicado perjuicio para la legítima de los hijos, el legatario ó donatario de cosa cierta no soportaria en parte alguna las deudas. Atendiendo á lo que llevamos dicho, y á que el heredero es únicamente responsable en cuanto alcancen los bienes de la herencia, segun la cit. l. últ. §. 5. vers. *licentia* C. *de jur. delib.*, se ve que la l. de Toro no se separa del derecho comun y decisiones de los DD., como creyó equivocadamente uno de los Interpp. de aquel Ordenamiento: y advertimos al lector que no se deje llevar de la opinion de Dèc. en su cit. cons., donde sostiene que el donatario de la tercera ó cuarta parte de los bienes, no carga á prorata con las deudas, lo que se halla en oposicion con las cit. ll. 9. y 8. §. últ. D. *de legat.* 2. y con la Glos. allí, generalmente aprobada; la que si bien habla de los legados, debe entenderse tambien de las donaciones, por que el legado es una especie de donacion, segun la l. 1. de este tít. y porque existe igualdad de motivo, dado que, bajo el nombre de *bienes* se entiende lo que resta, deducidas las deudas; además Bart., al cual cita Déc. en su apoyo en d. §. últ., lejos de negar que de semejante legado se deduzcan las deudas, conviene en ello; y cuando hace diferencia entre el legado de todos los bienes y el de una parte de los mismos, es respecto de la trebeliánica, y en cuanto á la deduccion de las deudas; opinando que no se verifica en el primer caso, sino que pasan todas al legatario, pero si en el segundo, esto es, cuando el legado consiste en parte de los bienes.

(9) ... Añád. ll. 88. y sig. D. *de legat. prim.*, cuyas ll. véanse.

(10) ... Añád. ll. 9. y 1. §. 6. D. *de leg. tert.* y el princ. Instit. *de leg.*

a otri. Esse mismo mandamiento puede fazer todo ome a aquellos que han derecho de heredar lo suyo, si muriere sin testamento (11). E estos herederos lo deuen cumplir luego (12) que son apoderados de la herencia del finado. E aun dezimos, que si el testador mandasse a alguno de aquellos a quien el ouiesse dexado de lo suyo señaladamente, que de aquello que le mandaua, que diesse alguna cosa a otri, tenudo es de lo cumplir (13), fasta aquella quantia (14) que montasse aquello

(11) Añád. d. l. 9. y ll. 3. y 8. princ. D. *de jur. codicil.* Sin embargo, al hijo preterido, aunque sea suyo heredero, no podrá gravársele con un fideicomiso, l. 2. D. *de leg.* 3. y allí Bart. y l. 31. C. *de fideicom.*: empero Bald. en la l. 1. C. *de bon. poss. contr. tab.*, 2. oppos. decia valer, el fideicomiso, si el testador lo hubiese ordenado bajo la condicion si el hijo llegase á poseer la herencia; pero no de otra suerte, arg. l. 6. §. 1. D. *de leg.* 3.; lo que parece opuesto á la cit. l. 2., donde el mismo Bald. opinó lo contrario: y en efecto, semejante legado ó fideicomiso, por el mero hecho de gravarse con él al hijo preterido, no puede sostenerse, en virtud de la auth. *ex causa* y de la l. últ. tít. 8. de esta Part. Sin embargo, si se hubiese gravado de un modo general á los herederos abintestato, por ejemplo, añadiendo la cláusula codicilar; entónces aunque suceda el hijo preterido, se sostendrá el legado: de este parecer es Ang. en d. l. 1.

(12) El legado se debe desde la muerte del testador, pero no puede pedirse hasta que la herencia esté adida, l. 7. D. *quand. dies. leg. ced.*: además, el dominio de la cosa legada y de lo que á ella accede, pasa al legatario desde el momento de la adicion, l. 86, §. 2. D. *de leg.* 1.; véase en d. l. Bart. acerca de los frutos y accesorios de la cosa legada anteriores á la adicion de la herencia, y latamente sobre la materia en la l. 18. princ. D. *ad trebell.*; véase tambien la l. 23. D. *de leg.* 1. y allí el mismo Bart., Ang. é Imol., además Bart. é Imol. en la l. 69. princ. D. d. tít. y Bald. en la l. 21. D. d. tít. y en la l. últ. §. 2. C. *comm. de leg.*

(13) Añád. d. l. 1. §. 6. D. *de leg.* 3. y l. 9. C. *de fideicom.*

(14) Añád. l. 6. de este tít.: en cuanto al esceso es nulo el legado, d. l. 9. l. 2. §. 1. D. *de dot. prœleg.* y l. 63, §. 12. D. *ad trebell.* ¿Qué dirémos respecto de los frutos? Parece que vendrán tambien en cuenta, como aumentando el valor del legado, si constare que esta fué la intencion del testador, Bart. en d. §. 1.; l. 83. princ. D. *de leg.* 3.; l. 114. §. 3, *de leg.* 1. y l. 20 §. 2. D. *de alim. et cib. leg.* junto con la Glos. y Paul. de Castr. en la 15. §. 3. D. *ad leg. falcid.* A esta ley de Part. añádase la l. 70. §. 1. D. *de leg.* 2. donde se dá por regla que el legatario solo puede ser gravado hasta el importe de la cantidad legada junto con los intereses: añádanse tambien las ll. 7., 24. §. 12. y l. 45. princ. y §. 1. D. *de fideicom. libert.*, de las que resulta que la disposicion que nos ocupa tiene lugar cuando al legatario de cantidad se le impone un gravámen de la misma especie; y no si el gravámen versa sobre cosa determinada y propia del mismo legatario; por ejemplo, si legándosele ciento, se le previene que dé la libertad á su esclavo, ó que entregue una cosa de las que le pertenecen, en este caso, aceptando el legado, deberá cumplir el legatario con lo dispuesto por el testador, aunque el esclavo ó la cosa que se le mandó entregar sea de un valor superior á la cantidad ó cosa que se le legó, l. 6. de este tít., d. l. 2. §. 1. D. *de dot. prœleg.* y la cit. l. 7. Lo mismo tendrémos si el testador legase una cosa propia con la prevencion que el legatario compensara con ella lo que se le adeudaba, Gloss. en la 45. D. *de leg. sec.*, la que aduce el cit. §. 1., cuya Gloss. dice ser muy notable Raf. Cumm., y la recomienda Juan de de Imol., advirtiendo que con ella están de acuerdo Dyn. y Bart.: empero el mismo Imol. aunque no sin vacilar, dice que la cit. glos. se halla en oposicion con la l. 122. §. últ. D. *de leg.* 1. y con lo anotado en ella. Paul. de Castr. en la l. 53. D. *de leg.* 2. y en la l. 6. C. *de hæred. instit.* distingue en esta forma: ó el testador legó simplemente alguna cosa al acreedor, para que la compensara con la deuda; ó bien, verificando igual legado espresó que el acreedor debiese darse por satisfecho: en el primer caso, dice, la compensacion se verifica hasta la cantidad concurrente, si se acepta el legado, y de consiguiente si el valor de la cosa legada no equivale á la cantidad debida, queda salvo el derecho del acreedor legatario en cuanto á la diferencia; l. penúlt. §. últ. D. *de alim. et cib. leg.*; empero en el 2° caso es total la estincion de la deuda: y con esta distincion parece estar de acuerdo Alex. cons. 132. vol. 2. Es preciso atender á las palabras de que se vale el deudor que lega alguna cosa para que se compense con la deuda; pues que si dijere, *lego por la deuda* ó *en lugar de la deuda*, resulta evidentemente ser su intencion, que la deuda desaparezca: véase sobre la materia Salic. en la l. últ. C. *de his quæ sub mod. leg.* — * La cit. l. 122. §. 2. D. *de leg.* 1. se halla indirectamente en oposicion con la l. 70. §. 1. D. *de leg.* 2. y con las demás leyes en que se establece que el legatario puede ser gravado en mas de lo que recibe cuando el gravámen es de distinta especie. En efecto, entre los casos de las dos leyes no hay mas diferencia, sino que en la primera se supone haberse legado un predio con el gra-

que el auia dexado por manda. E non tan solamente son obligados a cumplir esto que diximos; los sobredichos en esta ley, mas avn los herederos dellos (15). Fueras ende, si el testador desheredasse su fijo menor de catorze años, e mayor de diez años e medio (16) por alguna razon derecha; e estableciesse a otro por heredero del moço, en los bienes que le viniessen de parte de su madre, en tal manera, que si el moço muriesse ante que fuesse de edad de catorze años, este que fuesse establescido por heredero, heredasse; e mandasse a este atal, que de los bienes que heredasse del moço, diesse alguna cosa a otro: tal mandamiento como este non obliga al substituto (17), nin es tenudo de lo cumplir. Ca asaz abonda (18) al padre de poder desheredar su fijo, e establescer otro por heredero en lugar del, en los bienes que el fijo gano de otra parte.

vámen de una prestacion pecuniaria, y en la segunda se dice haberse legado cierta cantidad con el cargo de entregar una cosa propia; y á pesar de esto las decisiones son opuestas.

(15) Dos sentidos puede tener esta cláusula; á saber, 1.°, que el heredero del heredero estará obligado al pago de los legados, de la misma suerte que su causante, pues que se considera tambien heredero del testador, l. 7. §. últ. D. *de acquir. hæred.* y l. últ. C. *de codicil.* : 2.°, que podrá legarse directamente del heredero del heredero ó legatario, l. 5. §. 1. y l. 6. D. *de leg. tert.*; y en este sentido habló Az. en la Sum. C. *de leg.* col. 1., de donde nuestra ley se ha tomado.

(16) Pues que antes de esa edad es incapaz de ingratitud, l. 2. tít. 7. de esta Part. y la Glos. en el §. 4. Instit. *de pup. subst.*

(17) Concuerda con las ll. 126. D. *de leg.* 1. y 24. C. *de leg.* Segun esta l. 24. y la l. 87. §. 7. D. *ad leg. falc.*, aunque el padre hubiese legado alguna cosa al hijo desheredado, no podia gravar con legados al sustituto del mismo hijo, ni aun por lo que mira al valor de dicha cosalegada; disposicion cuyo motivo buscaron en vano la Glos. y DD.; y ciertamente se halla en oposicion con las leyes que disponen que, si el padre hace alguna manda al hijo desheredado, puede imponerle gravámenes por el valor de la misma, l. 41. §. 2. D. *de vulg. et pupill.* y l. 9. C. *de fideicom.*; lo que con mayoría de razon deberia tener lugar respecto del sustituto del desheredado, arg. l. 5. §. 1. D. *de leg.* 3., y esta misma l. de Part. Ahora bien, no espresándose en nuestra ley semejante ampliacion del principio de que se trata, parece que no deberémos admitirla, por ser contraria de todo punto á los principios. Sin embargo, óbstanos al efecto el que esta l. está tomada de la sum. de Az. C. *de legat.* col. 1., y que este admite allí la ampliacion dicha; en efecto, tratando de las personas de quienes puede legarse, añade, *item ab hærede hæredis mei, et ab hærede legatarii mei.* l. 5. §. 1. D. de leg. 3., *nisi in casu quando filium impuberem exhæredari et eidem substitui, item ei legatum relinqui; nam licet exhæredatum cui reliqui legatum, possum onerare, non tamen onero substitutum ejus*, l. 24. C. *de legat.* Además, despues de habernos dado nuestra l por regla que puede legarse del heredero ó legatario, espresa la escepcion de que se trata, la que no podia ser tal, si su autor no hubiese entendido hablar del caso que se hubiera hecho algun legado al hijo desheredado. Por fin, si nuestra ley hubiese querido separarse del derecho comun, indudablemente lo hubiera espresado, cual en la l. 9. tít. 13. de esta Part. Limítese en primer lugar la disposicion de que se trata, por medio de la cit. l. 87. §. 7.: además, por medio de la l. 11. §. últ. D. *ad leg. falc.*, segun Bald., Ang. y Alex. en d. l. 24.: en el mismo lugar Jas. aduce otra limitacion, cuyo autor dice ser Juan Fabr. en el §. 4. Instit. *de pup. subs.*, á saber, cuando el hijo fuese desheredado con buena intencion, ó por su propio interés y no á manera de castigo, en cuyo caso, dice, podrá ser gravado el sustituto, con respecto á lo que se dejó al hijo: esto no lo dice Juan Fahr., y si Ang. de Aret., fundado en que la cit. l. 24. está dictada en odio del desheredante: si bien Jas. duda de esa opinion, no pareciéndole razon bastante la injuria de la desheredacion, pues que, si ella fuese el fundamento de la ley, con mayoría de razon no fuera permitido gravar con legados al hijo desheredado, pues que es él quien siente la injuria y no el sustituto; con todo, parécenos admisible la limitacion de Ang., dado que nuestra ley adopta la razon ó fundamento indicado, como manifiesto en la glos. siguiente. — * Con respecto á la cit. l. 24. C. *de legat.* dice Cuyacio que si bien puede legarse del heredero del heredero y del que lo que fuere del legatario, esto tiene lugar cuando á semejantes sucesores se les gravare como personas indeterminadas, y cuando se las individualiza: en efecto, establécese este principio en la l. 6. §. 1. D. *de leg.* 3., y lo adopta la l. sig. de este tít.; y la razon está en que de una parte, solo nos es permitido gravar á aquellos á quienes dejamos algo; y de otra parte, si la persona que determinamos sucede á nuestro heredero ó al legatario, es por casualidad y no en virtud de nuestra disposicion. Si atendemos á ese fundamento del principio, no carece de dificultad la solucion de Cuyacio, pues que cabalmente el sustituto pupilar sucede en fuerza de la disposicion del testador, que en el supuesto lo ha gravado.

(18) De estas palabras parece inferirse que el

LEY 4. *Como el fazedor del testamento puede obligar a los herederos de aquellos a quien manda algo en el, que den a otro, fasta en aquella quantia que les dexa.*

Si el testador, quando estableciesse por su heredero a alguno, dixere en su testamento assi: Quien quier que sea heredero de mi heredero, mando que de a fulano tantos marauedis; o si dixesse: Ruego a aquel que ha de heredar lo mio, que mande a su heredero, que faga, o de tal cosa (19) a otro: que tal manda, dezimos, que vale, e es tenudo de la cumplir aquel que heredare los bienes del heredero del testador. Mas si en el establescimiento del heredero dixesse el testador: Establezco a tal ome por mi heredero; e si acaesciesse que fulano (nombrandolo señaladamente) heredare los bienes deste mi heredero quando muriere, mando que de tal cosa, o tantos marauedis, a tal ome; dezimos, que tal manda non vale (20), nin es tenudo aquel a quien nombro, de la pagar. E esto es, porque este atal non es heredero del otro, por juyzio del testador, mas por auentura (21), e por ende aquel non es obli-

fundamento de la ley en esta parte está en lo odioso de la desheredacion, ó en el odio que inspira el desheredante, aprobándose de consiguiente el parecer de los DD. en la l. 24. C. *de legat.* y en la 87. §. 7. D. *ad leg. falcid.*, parecer que fué el de Az. aprobado allí por la Glos., y que, segun Alex. en d. lug., es el mas general. Esto no tiene dificultad en el caso de nuestra ley, la que no hace mencion de legado hecho al hijo desheredado: empero si existe la dificultad, y muy grande, cuando se hubiese hecho semejante legado; pues que si en odio del desheredante se declara nulo el legado con que se grava al sustituto, con mayoría de razon deberá decirse tal como manifesté en la glos. ant. el que se deja directamente del hijo desheredado.

(19) En este caso, aunque el heredero no encargue á su heredero que dé ó haga lo dispuesto por el testador, deberá sin embargo cumplirse, segun esta l. y la l. 5. §. 1. D. *de leg.* 3., junto con lo anotado por Bald. De aquí puede deducirse que si el fundador de un mayorazgo hubiese dispuesto que el sucesor agregara cierta finca al mismo mayorazgo, se entenderá verificada la agregacion, por el mero hecho de haber aceptado dicho sucesor; si bien que esto parece deberá entenderse á tenor de lo que dije en la glos. 14.

(20) Añád. l. 6. D. *de leg.* 3. Tenemos pues que no puede ser gravada directamente aquella persona á la que no instituimos ni le legamos algo, aunque con el tiempo venga accidentalmente á suceder á nuestros bienes; de lo que infiere Bald. en d. l. 6. espositada en la l. 5. §. 1., que será nulo el fideicomiso dispuesto en los siguientes términos: *instituyo heredero á mi hijo, y si falleciere dejando por heredera á su hija; ruego á esta que dé cien florines á Juan*; es decir, que, segun él, el encargo debia dirigirse al mismo hijo instituido, diciendo, *si falleciere dejando por heredera á su hija, le encargo á dicho mi hijo que dé* etc.; en lo que, dice, debe ponerse mucho cuidado: empero, tengo por equivocada esta decision, si es que no se lea mal en el libro que tengo á la vista; en efecto, si puedo gravar con legado ó fideicomiso al heredero de mi heredero, como así es en efecto, segun la l. ant. y la cit. l. 5. §. 1., es claro que pudo ser gravada la hija del heredero en el caso supuesto: ahora, si el testador hubiese dicho simplemente, *si falleciere dejando la hija* y no *dejando heredera la hija*, entónces procederia la decision de Bald. En esta materia debe atenderse mucho al modo como se impone el gravámen, ó se deja el fideicomiso, segun lo anotado por Bart. en d. l. 6. y en la l. 15. D. *de vulg. et pupill*, col. 2. vers. *quæro ulteriùs*, tanto mas, cuanto la decision de Bart. es muy cuestionable: v. Alex. cons. 105. vol. 1. y cons. 185. vol. 2., Corn. consil. 184. vers. *et licet Bartolus* y cons. 24. vol. 3. y Dèc. cons. 27. y 421. en los que espresa que la opinion general es contraria á Bart. Empero Paul. cons. 3. vol. 1. decidió de acuerdo con la doctrina de Bart. y Alex., si bien fundado en razones distintas, así como en el cons. 64. vol. 5., donde cita á Raf. segun el cual la opinion de Bart. es la mas comun. Deberá, pues, atenderse las palabras con que se ordenó el fideicomiso, para decidir si el gravámen pesa directamente sobre la cosa ó la herencia, mas bien que sobre la persona, pues que semejante gravámen afectaria siempre á la cosa, sea cual fuere su poseedor como lo indica Bald. en una cuestion interesante que trata en la l. 8. C. *de impub. et al. substit.*, col. penúlt. vers. *extra quæritur*, y en apoyo de esto viene la l. 94. §. 1. D. *de leg.* 1., de la que resulta, que si el gravámen de fideicomiso era válido en su principio, habiéndose impuesto á la persona á quien podia imponerse, subsistirá, aunque por un hecho de esta persona adquiera la herencia un tercero, y arg. l. 4. D. *de leg.* 3. y l. 62. D. *de leg.* 2. y Alber. de acuerdo con Dyn. en la cit. l. 6. Adviértase, que si se hizo un legado á favor de cierta persona para cierto tiempo, y en adelante á favor de otra, el primer legatario es el que parece gravado, aunque no se refieran á él las palabras con que se indica el gravámen, l. 34. D. *de usufr. leg.*, y allí Bart.

(21) Así es que dice la Glos., si bien sobre otra materia, en la l. 2. C. *de condit. et demonstr.*,

gado de pagar tal manda. Ca ningund ome non puede obligar a otro, que de alguna cosa por el, si non le ouiere el dado algo (22) de lo suyo.

LEY 5. *Por que razon el heredero non es tenudo de pagar las mandas, que el señor de la herència ouiere dexadas.*

Diximos (23) en las leyes ante desta que todo heredero es tenudo de cumplir las mandas de aquel cuyos bienes hereda, quier los herede por razon de testamento, o sin testamento. Pero casos y a., en que non seria assi. E esto seria, como si algund ome, que non fiziesse testamento, dixesse assi ante testigos: A fulano (24) que es mi pariente mas propinco, que ha derecho de heredar lo mio, mandole, que de tantos marauedis a tal ome. Ca si este atal non quisiesse ser heredero de los bienes de aquel que le esto mandaua, e lo entrasse otro, que fuesse mas cercano pariente despues del (25), non seria obligado este postrimero heredero de pagar tales mandas; como quier que lo fuera el primero, a quien el auia nombrado, si ouiere recebido la heredad. Mas si este (26) que tomo la herencia del muerto, era en egual grado de parentesco que el otro que la desecha, estonce dezimos, que es tenudo (27) de cumplir la manda sobredicha, tambien como lo fuera el otro, si ouiesse tomado la herencia del finado. Otrosi dezimos (28), que si algund ome

que de nada sirve el verificar un acto por casualidad, y la Glos. en el cap. *Remittuntur* §. *hinc notandum*, sobre la parte *non nisi*, 23. q. 5.: el que presenta un proscrito ignorando que lo sea, no goza del premio de la ley, Bart. en la l. 63. §. 3. D. *de acquir. rer. dom.* y en la l. 8. D. *de his qui not. infam.* y Bald. en la l. 7. C. *de instit. et substit.* Sin embargo, véase Bart. en la l. 46. §. 7. D. *de furt.*, acerca del que mata á un proscrito ignorando esta circunstancia. Véase el mismo Bart. en la l. 21. D. *de condit. et demonstr.* y á Nicol. de Neap. en la l. 3. D. *de eo qui pro tut.*, sobre si será válida la sentencia proferida por el juez delegado que ignora serlo. ¿Qué dirémos del proceso instruido contra el contumaz, cuando al juez no le consta la contumacia? Bart. dice que es nulo por ignorarse el fundamento: véase á este D. en d. l. 21. y en la l. 15. §. 16. D. *de damn. infect.* y Abb. en el cap. *quoniam contra falsam, de Probat.* col. 6. ¿En los contratos será menester, que la condicion potestativa se cumpla *ex professo*? Opina que no Jas. en la l. 49. §. 2. princ. D. *de verb. oblig.*

(22) Véase la l. ant.

(23) Concuerda con lo que dice Az. en la sum. C. *de legat.*, col. 2. vers. *licet autem dixerint.*

(24) Pónese aquí el caso de la l. 1. §. últ. D. *de leg.* 3.

(25) Es decir, que era el siguiente en grado. Tenemos pues, como advierten la Glos. y Bald. en la l. 61. §. 1. D. *de leg.* 2., que el que se encuentra pariente mas cercano al tiempo de la muerte de aquel de cuya sucesion se trata, se entiende llamado á ella por la presunta voluntad del mismo. Con todo conviene tener presente, segun Bald., lo anotado en la l. 1. §. 6. D. *de collat. bon.*

(26) Tenemos aquí el caso de la l. 61. §. 1. D. *de leg.* 2., y se aprueba la segunda opinion de la Glos., conforme con Az., y á la que adhieren Dyn. y Alber. en d. lug.

(27) Parece que debia establecerse lo contrario, atendido que, habiéndose encargado la prestacion del legado al sucesor legítimo que repudió, indicándolo por su propio nombre, la porcion del mismo deberia pasar sin gravámen á sus coherederos, l. 29. §. 1. D. *de leg. secund.*, así opinan Bart. y Juan de Imol. en d. §., y con ellos está de acuerdo la generalidad de los DD., como atestigua Paul. de Castr. allí y en la l. 74. D. *de leg.* 1. Así pues, nuestra ley se habrá separado de la opinion general, adoptando el parecer de Az., citado por la Glos. en d. l. 29. §. 1., á saber, que el cit. §. se halla corregido por el rescripto del emperador Severo, del que se hace mérito en la l. 61. §. 1. D. *de leg.* 2. y en la l. 4. C. *ad Trebell.*, parecer al que se adhiere Paul. de Castr. en las cit. ll. 29. y 74. Tendrémos, pues, que atendida la disposicion terminante de nuestra ley de Part., conforme con el rescrito del emperador Severo fundado en la presunta voluntad del testador, el legado ó fideicomiso cuya prestacion se encargó ó mandó á determinado heredero, vendrá á cargo, faltando este, del sustituto; y si dicho heredero, fuere legítimo, el legado ó fideicomiso se prestará, por el que suceda en su parte, si se halla en igual grado de parentesco. Así opinaba, como llevamos dicho, Paul. de Castr. en la cit. l. 74., contestando allí al §. 1. de d. l. 29., que en ella se trata de legados que no se habian radicado en la persona que debia prestarlos, por no existir aun dicha persona al tiempo del gravámen; lo que no tiene lugar en el caso de esta ley, pues que se supone existir el heredero gravado y haber repudiado la herencia. Véase latamente Alex. en d. l. 74. col. 2. y 3. donde cita Raf. y Cristób. de Castr. sosteniendo lo mismo que Paul.: añade que entrambas opiniones pueden sostenerse, pero que no debemos separarnos de la general. Téngase pues presente esta l. de Part., la que decide contra dicha opinion.

(28) Concuerda con la l. 1. §. 10. D. *de leg.* 3.

que fuesse aforrado de su señor, non ouiesse fijos (29) que heredassen lo suyo, nin fiziesse testamento, mas dixesse assi: Ruego a fulano, que fue mi señor, que ha derecho de heredar (30) lo mio, que de tantos marauedis, o tal cosa, a tal ome. Ca si acaesciesse, que este señor atal muriesse en ante que entrasse la heredad del aforrado, maguer la entrassen sus fijos despues, non son tenudos de pagar las mandas que el aforrado ouiesse assi dexadas; como quier que lo fueran, si su padre ouiesse entrado tal herencia, ante que muriesse.

LEY 6. *Si el fazedor del testamento diesse su sieruo a otro, en manera que le aforrasse, e le mandasse que diesse alguna cosa a otro, como non es tenudo de lo fazer.*

Si el fazedor del testamento diesse su sieruo a otro, en tal manera que lo aforrasse luego, e por esta razon, que gelo daua, lo quisiesse agrauiar, rogandole, o mandandole, que diesse alguna cosa a otro, dezimos (31) que non le puede agrauiar, nin es tenudo (32) de pagar la manda aquel a quien diesse el sieruo en esta manera: mas si gelo diere, diziendo assi, que le daua el sieruo so tal condicion, que se seruiesse del, e le fiziesse libre, fasta algund tiempo (33), o dia cierto, estonce bien lo podria rogar, que diesse alguna cosa a otro; e aquel que recibiesse el sieruo en esta manera, tenudo es de pagar tal manda como esta, fasta aquella quantia (34), que montare la ganancia quel vino por razon del sieruo, o del seruicio que recibio del, desde el dia que lo recibio fasta el dia que lo aforro. Otrosi dezimos, que si el señor franqueasse por si su sieruo, e non le diesse ninguna cosa de sus bienes, que por razon del aforramiento (35) non lo puede agrauiar, mandandole que de alguna cosa a otro en razon de manda. E aun dezimos, que si algund ome rogasse a otro, que aforrasse su sieruo, dexandole en su testamento alguna cosa de lo suyo porque lo fiziesse, si despues desto recibiesse el señor del sieruo aquello que le auia mandado, maguer el sieruo valiesse mucho mas que aquello que auia recebido, tenudo es de aforrarlo (36); porque semeja (37), que pues que lo recibio, que se tuuo por pagado dello. Pero si tal sieruo fuesse ageno (38), e valiesse mas que aquello que le dieron, de guisa que el señor non lo quisiesse dar por tanto; estonce aquel, a quien rogaron que lo aforrasse, non es tenudo de dar por el mas de aquello que recibio. E si por este precio non lo puede auer, deuelo guardar, e trabajarse (39) todavia, de lo auer por aquel precio, si pudiere; ca tales cosas son, que non puede

(29) V. l. 10. t. 22. P. 4. donde se habla tambien de los hermanos.

(30) V. d. l. 10. y el §. 3. Instit. *de succes. libert.*

(31) Háse tomado esto de lo que dice Az. en la sum. C. *de legat.* col. 2. vers. *si tamen servum tibi legavero.*

(32) Concuerda con la l. 94. §. últ. D. *de leg.* 1. *is enim demúm*, dice la cit. l., *pecuniam ex causa fideicommisi præstare cogendus est, qui aliquid ejusdem generis, vel simile ex testamento consequitur;* cuya regla, segun Bart. allí, no se halla tan claramente concebida en otro lugar del derecho: ahora bien, como dice la Glos. en d. l., no se entiende mas rico el que adquiere un liberto. Lo mismo advierten allí Juan de Imol. y Paul. de Castr., deduciendo tambien que nadie puede ser gravado pecuniariamente por causa del derecho de Patronato. Añádase lo anotado en la l. 5. §. últ. D. *præscript. verb.*

(33) Concuerda con la l. 3. §. 1. D. *de leg.* 3.

(34) Añád. l. 3. de este tít.

(35) Añád. d. l. 94. §. últ. D. *de leg.* 1. Siendo la libertad una cosa inestimable, no puede imponerse al que la recibe un gravámen pecuniario ó estimable: no hay comparacion entre lo finito y lo infinito, Bald. y Paul. de Castr. en d. l.

(36) Concuerda con las ll. 22., 24. §. 12. y l. 45. princ. y §. 1. D. *de fideicom. libert.*

(37) Añád. l. 70. §. 1. D. *de leg.* 2., l. 36. D. *ad leg. falcid.* y lo que dije en la glos. 14. de este tít.: de aquí puede argüirse, segun Bald. en la cit. l. 70. §. 1., que aquel á quien en testamento se le impuso el gravámen de vender una cosa propia, no podrá intentar el recurso de la l. 2. C. *de rescind. vendit.;* lo que Imol. en d. l. limita al caso que el testador hubiese señalado precio cierto; véase al cit. Imol.

(38) Añád. ll. 7. y 24. §. 12. D. *de fideicom. libert.*

(39) Añád. l. 6. C. *de fideicom. libert.*, donde se halla espresada la misma razon: de ella puede deducirse, que si el fundador de un mayorazgo encargó á la persona llamada al mismo que comprase cierta cosa para incorporar al vínculo, no quedará libre, aunque el dueño de dicha cosa no quiera venderla; sino que subsistirá el gravámen, para el caso que la adquisicion pueda verificarse: véase Bald. en d. l. 6., donde saca del mismo principio otras consecuencias notables. No obsta la l. 38. §. 6. D. *de leg.* 3., porque en el caso de d. l. se habia hecho imposible el cumplimiento de la voluntad del difunto, por haberse estinguido la corporacion que era objeto del fideicomiso.

ome acabar en vn dia, que las acaba en otro. Mas si algund testador dexasse marauedis ciertos en su testamento a algund ome, e mandasse a aquel a quien los dexo, que diesse a otro mas de aquello que el le auia dexado, dezimos, que este atal non es tenudo de pagar ninguna cosa, demas de aquella quantia que recibio, maguer ouiesse recebido (40) aquello que el testador le mando.

LEY 7. *Como el heredero deue caber el ruego del testador, mandandole dar a otro, fasta en aquella quantia que recibio del.*

En vno con su fijo establesciendo el fazedor del testamento a otro por su heredero, diziendo assi: Ruegote, que quando tu murieres, que establezcas (41) a este mio fijo por heredero en uno con tus fijos. Si este atal recibiesse la heredad del testador sobredicho, tenudo es de complir tal ruego como este, fasta quanto monta la herencia en que fue establescido por heredero, con los frutos que recibio della. Otrosi dezimos (42), que faziendo algun ome alguna manda a otro de cosa cierta, diziendole assi: Ruegote, que despues que auras recebida, e auida tal cosa, que yo te mando dar, que la des a fulano. En tal caso como este dezimos; que tenudo es este a quien es fecha tal manda, si la ouiere, de la dar al otro, a quien el testador mando que fuesse dada. E si auer non la pudiere este que recibio el ruego del fazedor del testamento, deue otorgar al otro el derecho que en ella ha, porque la pueda demandar, e auer. E si acaesciere, que a este atal ouiesse el testador mandado alguna cosa otra apartadamente para si, demas de aquello que le ouiesse rogado quel diesse al otro, si ouiesse ya recebido aquella suya, e fuesse negligente en demandar lo que deuia auer por el otro, si se perdiesse por su culpa (43), dezimos que estonce tenudo es de la pechar. Mas si apartadamente non le ouiesse mandada ninguna cosa, maguer por su culpa se parasse mal la manda, quel deuia recabdar, e el otro deuia auer, estonce non seria tenudo de le fazer emienda ninguna por esta razon. Fueras ende, si le fuesse prouado, que se perdiera por algund engaño (44) quel ouiesse fecho.

LEY 8. *Como, quando el faz dor del testamento dexa a algund ome por su heredero, non puede dexar mandas al sieruo del.*

Si el señor de algun sieruo fuesse establescido por heredero de otro, non podria el fazedor del testamento despues mandar ninguna cosa de las suyas al sieruo del heredero (45); fueras ende, si

(40) Nótense estas palabras, y añádase el contenido de la l. 3. de este tít. ¿Podrá deducir los gastos que hizo para la consecucion del legado? Así parece, arg. l. 8. D. *de leg.* 3. ¿Podrá á la hija imponérsele el gravámen de restitucion, respecto de la dote que recibió? V. l. últ. §. 5. D. *de leg.* 2. y allí Bart., y Bald. en la l. 16. C. *de fideicom.*

(41) Podrá, pues, gravarse al heredero, encargándole que al morir instituya por heredero cierta persona.

(42) Concuerda con las ll. 70. princ. D. *de leg.* 2. y 8. D. *de leg.* 3.

(43) Concuerda con la l. 108. §. 12. D. *de leg.* 1.: entiéndase de la culpa leve, porque aquí se procede á semejanza de los contratos, como espresa la d. l. y lo asienta en ella Alber. Tenemos pues aquí y en el cit. §. 12. cual sea la culpa de que se hace responsable el legatario respecto del fideicomisario. Sobre la que presta el heredero á los legatarios y fideicomisarios, véase la l. 47. §. 5. D. d. tít. En punto al egecutor testamentario respecto de los legados, véase Bald. en d. §. 12., donde concluye, que si era mixto egecutor, es decir, si debia percibir algo del testamento, será responsable tambien de la culpa leve; pero únicamente del dolo y culpa lata si fuese mero egecutor, arg. d. l. 108. §. 12. y l. 32. D. *depos.* De esta l. puede deducirse que el poseedor de un mayorazgo y sus herederos serán responsables del daño que proviene de culpa. Por los mismos principios el Prelado debe resarcir el perjuicio que por su negligencia hayan sufrido las cosas de la Iglesia, glos. en la auth. *idem de Nestorianis* C. *de hæret.* y Juan de Plat. en la l. única C. de *colon. illyric.* fundado en el mismo testo. Sobre el prelado que es culpable en dejar prescribir las cosas de la Iglesia, véase la Glos. en el cap. *placuit*, el 2. 16. q. 3. Abb. en el cap. *ex præsentium*, *de pign.* 3. notab., en el cap. 2. *de donat.* y en el cap. 1. de *in integr. restit.*, col. 3. y Franc. Balb. en el tratado de *las prescripciones* chart. 43. col. 2. Decia la Glos. en el cap. *sæpe fit*, 21. q. 2., que podia ser privado de la Iglesia el clérigo que descuidara las heredades y en general los intereses de la misma. Acerca de si el perjuicio causado al mayorazgo ó á la Iglesia se compensará con las mejoras y aumentos que de otra parte se hubiesen procurado, véase lo anot. en la l. 11. D. *de negot. gest.*

(44) O culpa lata, porque se procede aquí á semejanza de los contratos de buena fe, d. l. 108. §. 12. y l. 5. §. 10. D. *commod.*

(45) Lo mismo dirémos si se legare al esclavo del testador, l. 4. C. *de legat.* Esta disposicion se aplica tambien al caso que instituido heredero

gela manda con condicion, o fasta dia, o tiempo cierto, diziendo assi: Mando tantos marauedis, o tal cosa, a tal sieruo de mio heredero, si acaesciere quel aforrare su señor fasta tal dia; o poniendole otra condicion semejante desta. Ca, si acaesciere que se cumple la condicion, aura el sieruo la manda, e non de otra guisa. Mas si el sieruo (46) de alguno fuesse establecido por heredero de otri, si aquel mismo que lo establescio, mandasse alguna cosa al señor; estonce dezimos, que si en ante que entrasse la heredad el sieruo, le aforrasse su señor, o lo vendiesse, estonce aura el señor la manda, e el sieruo la heredad.

LEY 9. *Como la persona de aquel, a quien es fecha la manda deue ser nombrado ciertamente.*

La persona de aquel a quien es fecha la manda, deue ser puesta, è nombrada ciertamente, de guisa que puedan saber qual es, o por su nome, o por otras señales; ca si cierta non fuesse, non valdria la manda. E esto seria, como si el testador ouiesse dos amigos (47), que ouiesse el vno nome assi como el otro, e dixesse assi: Mando a fulano mio amigo tantos marauedis, o tal cosa; e non dixesse el sobrenome de aquel a quien lo mandaua. Ca pues que non se puede saber (48) ciertamente, qual de aquellos sus amigos quisiera el testador que ouiesse aquella manda, porende non vale, nin es el heredero tenudo (49) de la cumplir.

el monge, se legare al Monasterio y viceversa, Juan Fabr. en el §. 32. Instit. *de legat.* Valdrá á lo menos en cuanto á los alimentos la manda hecha al esclavo propio? V. l. 17. D. *de alim. et cib. leg.* y allí Bart. ¿Podrá legarse al hijo del heredero instituido, encargándose á este mismo la prestacion del legado? V. l. 16. D. *de aur. et arg. leg.*, l. 19. princ. D. *ad Trebell.* y l. 11. D. *de leg.* 1. y allí Bart., donde asienta que, si el padre que adquiere la herencia por conducto del hijo, es gravado de restitucion á favor de este, se entiende serlo para despues de su muerte; y aduce la l. 75. §. 1. D. *ad Trebell.*: Paul. de Cast. en la misma l., citando la decision de Bart. dice que si el padre fuese instituido y gravado de restitucion, se entenderia serlo puramente. Por derecho del Digest., segun el §. 32. Instit. *de legat.*, de donde esta l. se ha tomado, no se sostendria el legado á favor del hijo, á no ser que el testador hubiese indicado diferirlo para el caso que dicho hijo viniere á ser padre de familias: empero por derecho nuevo se sostendria en calidad de adquisicion adventicia, perteneciendo al hijo la propiedad, segun el mismo Juan Fabr. en d. §. 32.

(46) La razon de diferencia entre este caso y el anterior se halla en el cit. §. 32, y consiste en que la herencia deferida al esclavo es separada del legado que se ha hecho el dueño, lo que no sucede cuando se lega al esclavo, pues que el legado no se separa de la herencia: añade allí Ang., respecto de este último caso, que la herencia y el legado penden de la sola voluntad del dueño; lo que no es así cuando es instituido el esclavo, sino que debe concurrir la voluntad de este para la adicion, l. 3. C. *de hæred. instit.*

(47) Concuerda con las ll. 8. §. 3. D. *de leg.* 2. y 10. D. *de reb. dub.* Alber. en d. §. 3. concreta la disposicion de que se trata al caso que los dos fuesen igualmente amigos del testador: viene muy en apoyo de esto la cit. l. 10, si bien no la cita; y allí nota Socin., que debe suponerse mayor grado de amistad respecto del pariente. No obstante que despues se inclina á lo contrario, atendido que el cit. §. 3. habla indistintamente; y por fin parece quedar indeciso. Si tan solo uno de los dos era amigo del testador, á favor de este se entenderá la manda, por ser el mérito y la amistad lo que nos impele á legar, l. 9. D. *pro soc.*, y lo anotado por el mismo Alber. en la l. 50. §. últ. D. *de leg.* 1. col. 2. Pone allí á continuacion este mismo testo para resolver el siguiente caso que dice haberse ofrecido: habíase elegido para cierto oficio á Lanfranco Fustini, siendo dos de este nombre que pretendian la posesion: en este caso, dice, que si uno de ellos era consanguíneo del elector, debia entenderse ser el agraciado: y es notable lo que añade, que en caso de duda deberá estarse á la declaracion que hiciere el elector acerca la persona que pensó elegir, arg. l. 9. D. *de præt. stipul.* y l. 96. D. *de reg. jur.*

(48) Puede esto aducirse en la cuestion sobre el caso que nacieren dos mellizos, cuestion que apunté en la l. 2. tít. 15. Part. 2.: sobre la incertidumbre acerca de las cosas, véanse la Glos. y DD. en la cit. l. 8. §. 3. D. *de leg.* 2.

(49) Empero, podrá el heredero pagar la manda á cual de los dos quisiere, arg. d. l. 8. §. 3. junto con la Glos.: y si así lo hiciere el heredero, el legatario poseerá la cosa como legada y no á título de donacion, Bart. en d. l. De aquí puede muy bien inferirse, que se entenderá poseer á título de mayorazgo y con los gravámenes contenidos en la escritura de fundacion, aquel que entró á poseerlo en fuerza de transaccion celebrada con las personas que tambien pretendian tener derecho al mismo; por mas que fuese igualmente dudoso el de todos los transigentes. Téngase presente que nuestra l. aprueba aquí la inteligencia que dá la Glos. al cit. §. 3., tomando la palabra *debet* por equivalente á *potest.*: esta era la opinion mas general, si bien Bald. : lí sostenía que el heredero debia necesariamen e

Pero si fuesse cierta la persona de aquel a quien fuesse mandada, magner errasse (50) el testador en el nome, e en el sobrenome, de aquel a quien la fiziesse, non empesce tal yerro, nin se embarga porende la manda.

LEY 10. *En quales cosas pueden ser fechas las mandas.*

De las personas (51) que pueden fazer mandas diximos en las leyes ante desta, e otrosi de los que las reciben (*a*). E tal manda como esta es llamada en latin, de legatis primo. E agora queremos mostrar, de quales cosas pueden ser fechas las mandas, a que dizen en latin otrosi, de legatis secundo. E dezimos, que el testador puede fazer mandas, tambien de las cosas suyas, como de las de aquel que establesce (52) por su heredero. E porende tenudo es el heredero, de dar, e de pagar las cosas que assi dexasse, o mandasse, aquel que lo establescio; quier sean suyas del heredero, quier del testador. Otrosi dezimos, que si el fazedor del testamento mandasse cosa agena a otri, sabiendo que non era suya, nin de su heredero, tenudo es el heredero de la comprar (53), e de darla a quien fue mandada. Mas si el testa-

(*a*) Et tal manera como Acad. Et tal materia como Esc. 3.

uno de los dos sugetos al efecto de pagarle el legado; opinion á la que se inclinaba allí Juan de Imol., fundado en que habiéndose probado contra el heredero, y no por un legatario contra otro legatario, tenia lugar aquel principio que *res inter alios acta aliis non nocet*, ll. 1. y 2. C. *quib. res jud. non noc.* Para evitar este argumento de Imol., tendrá cuidado el heredero, cuando sea reconvenido por una de las personas, en hacer emplazar la otra, al efecto de que, acumulándose las acciones, obren las pruebas contra todos. ¿Qué dirémos si uno de los dos amigos pide el legado, y el otro lo descuida ó repudia? V. Bart. en d. §. 3. Si al contenido de nuestra l. se opusiere el cap. *duobus*, de *rescript.* lib. 6., donde se espresa, que si se presentaren dos sugetos de iguales circunstancias nombrados en igual fecha para una misma Iglesia, el cabildo debe precisamente elegir uno de los dos, puede contestarse con Paul. de Castr. en d. §. 3., que en este caso cada uno de los dos sugetos tiene á favor suyo la voluntad del Papa, mientras que en el supuesto de d. §., la voluntad del testador recae tan solo en una persona, ignorándose cual sea de las dos que llevan el mismo nombre.

(50) Concuerda con el §. 29. Instit. *de leg.*

(51) Concuerda con lo anotado por Az. en la sum. C. *de legat.* col. 3. vers. *hucusque satis de personis.*

(52) Concuerda con el §. 4. Instit. *de legat.* y con la l. 67. §. 8. D. *de leg.* 2., en la que se añade, que esto tiene lugar, aunque el testador legase como suya la cosa del heredero, á sabiendas ó por ignorancia; y aunque el testador tuviese en dicha cosa algun derecho ó parte, subsistiendo entonces el legado en cuanto al todo de la cosa, l. 76. §. 2. D. *de leg.* 2. y allí Bart. y los DD.: esto no tiene dificultad cuando el testador lega simplemente la cosa del heredero; empero, si dijere, *lego tal cosa que me pertenece*, entonces si es del heredero no subsistirá el legado, segun Imol. en d. l. 67. §. 8. y Bart. y Jas. en la l. 5. §. últ. D. *de leg.* 1. Adviértase, que legándose una cosa del heredero, no pasa de derecho el dominio de la misma al legatario, Glos. en la l. 18. D. *de servit.*, desechando la glosa, á la l. 2. C. *commun. de leg.*, que sostiene lo contrario, cuya glosa tiene en contra la opinion general fundada en la l. 112. §. 1. D. *de leg.* 1. ¿Podrá el testador obligar las cosas del heredero? Hubo distintas opiniones sobre este punto, que pueden verse en Alex. á la l. 48. D. *de leg.* 4. col 2.: allí concluye este D. diciendo, que si el difunto obligó los bienes del heredero en nombre del mismo, procederá el parecer de los que creen válida la hipoteca, y son Pedr. y Ang. en la l. 12. C. *qui pot. in pign.* y el mismo Ang. y Bald. en la cit. l. 48.; empero, si los obligó en su solo nombre, procederá la opinion contraria, sostenida por Cyn. y Salic. en la cit. l. 12., arg. l. 22. D. *de pign.* y l. 41. D. *de pign. act.*, 2. respons. Sin embargo, el propio Alex. cons. 133. vol. 2. y cons. 91. vol. 3. se decide indistintamente por la validez de la hipoteca, atendido que parece conformarse con ella el heredero cuando admite la herencia, l. 14. C. *de rei vind.* y l. 5. C. *de serv. pign. dat. manum.*, y considerando ademas que el derecho de hipoteca se constituye por el solo consentimiento y sin que sea menester la tradicion, l. 1. D. *de pign. act.* y l. 3. D. *in quib. caus. pign. tacit.* Puede tambien el testador prohibir la enagenacion de las cosas del heredero, de la misma suerte que las suyas propias, l. 9. §. 1. D. *de manum. testam.*, ley alegada con este objeto por Paul. de Castr. en la cit. l. 67. §. 8. Esto viene en comprobacion de lo que llevamos dicho, que el testador puede disponer que el heredero agregue alguna cosa suya, á un mayorazgo antiguo, ó creado por dicho testador; hace al caso la l. 41. princ. D. *de leg.* 3. De nuestra l. puede tambien deducirse que, si el testador tuviese permiso real para crear un mayorazgo con los vínculos y gravámenes que le parecieren, podrá tambien amayorazgar los bienes del heredero que instituya.

(53) Concuerda con el §. 4. Instit. *de legat.*, y con las ll. 10. C. d. tít., 14. §. últ. D. *de leg.* 3. y

dor, a la sazon que la mando, cuydasse que era suya, e fuesse agena; estonce el heredero non es tenudo de la comprar, nin de darle la estimacion della. E para saber la verdad, si el testador sabia que aquella cosa era agena quando la mando, ha menester, que aquel a quien es fecha la

66. §. 6. D. *de legat. 2.*, en la que se trata del caso que el usufruto de la cosa legada perteneciere á un tercero. ¿Lo dispuesto en estas leyes procederá por derecho canónico? Tratan esta cuestion los DD. en la cit. l. 10. y en el cap. *filius noster, de testam.*, y discuten latamente el punto á causa de las diferentes interpretaciones que se dan al cit. cap. Parece que la disposicion de que se trata procederá tambien, segun derecho canónico, atendido el cap. *si episcopus,* 12. q. 5.; y que el cit. cap. *filius,* segun resulta de la letra del mismo, habla únicamente del caso que la cosa agena se hubiese legado á la Iglesia, como en precio de sepultura, lo que parece en cierta manera execrable, segun el cap. *abolendæ, de sepult.;* así pues, á fin de que no pareciese ponerse en venta la sepultura, no quiso el papa que subsistiera semejante legado de cosa agena, ni aun en cuanto á la estimacion. Esa misma interpretacion, si bien con menos claridad, da Ang. al cit. cap. en d. l. 10; así como Covar. en la 2. lect. al mismo cap. *filius noster* al fin, diciendo, que este sentido se colige de la carta de San Gregorio de la que esa Decretal se ha tomado, lo que me parece habia advertido ya Ang. en d. l. 10. Empero tenemos en contra de semejante interpretacion, que no es prohibida por ley divina ni humana la manda hecha á la Iglesia en gracia de la sepultura, arg. d. cap. *filius noster*, y allí Abb.; y en efecto, no resulta la venta de la sepultura de un acto de liberalidad de parte del testador: ahora bien, el Papa condena el legado de que se trata en el cit. cap., á fin de que no se infrinjan las leyes divinas, luego semejante interpretacion es inadmisible. De otra parte, si el lugar de la sepultura de que se trata en el cit. cap. era sagrado ó religioso, como fuera del comercio no podia venderse, ni aun por las leyes civiles, l. 6. §. 2. D. *de rer. divis.* y l. 13. de este tít.; de consiguiente el Papa no pudo referirse al supuesto que se pretende, pues que entónces no hubiera reprobado las disposiciones del derecho civil. En vista de esto hallamos mas plausible la inteligencia que da Bald. al cit. cap. en la Repet. á la l. 1. C. *de sacros. eccles.* col. 14. vers. *item pono tertium casum.* Por derecho civil, dice, el legado hecho á la Iglesia, se entiende hecho á una persona conjunta; de consiguiente, aunque sea de cosa agena, subsiste por mas que el testador ignorase esta circunstancia: sin embargo, esto no tiene lugar por derecho canónico, atendido que Dios no admite semejantes presunciones ó ficciones, cual es en este caso la de que el testador tambien hubiera legado á la Iglesia, aunque hubiera sabido ser agena la cosa que legaba: y este dice ser el sentido del cit. cap., que, segun él, es mal entendido por los canonistas. Pláceme, como llevo dicho, esa interpretacion, no obstante que Abb. en la 5. lect. á d. cap. la repruebe movido por débiles razones: en primer lugar la encuentro fundada, si bien el cit. cap. no hace mencion de que el testador ignorase que la cosa era agena; pues que en caso de duda se presume la ignorancia, l. 21. D. *de probat.*, y en el caso de que se trata incumbe al legatario, segun nuestra l., el probar que el testador sabia no pertenecerle la cosa: de otra parte, no repugna al derecho civil el que se estienda á la conjuncion espiritual, como mas favorable, lo establecido respecto del parentesco carnal, cap. *inter corporalia, de translat. episc.;* á mas de que subsiste el legado de cosa agena, aunque el testador lo ignore, si el legatario es persona muy querida del mismo, sin que haya necesidad de la relacion de parentesco, segun Guill. de Cugn. y Alex. en d. l. 10.; subsiste además, cuando se hiciere á favor de causas piadosas, Alex. latamente en d. l. col. 2.; así pues, aunque el derecho civil no haya espresado subsistir el legado de cosa agena á favor de la Iglesia, cuando el testador creyese que dicha cosa le pertenecia; sin embargo, se infiere esto de haberse declarado válido el mismo legado, cuando se hiciere á favor de personas conjuntas ó en beneficio de la libertad. Admitirémos en particular la indicada interpretacion de Bald. en el caso que fuese hijo del testador el heredero instituido, y de otra parte no muy rico, cual se supone en el cit. cap. *filius noster*, arg. cap. últ. 17. q. últ.; pues que el Papa no quiso que en daño de los hijos se verificara esta estorsion que el rigor del derecho civil autoriza. El lector, algo mas desocupado que yo tal vez, puede ver, si da otra solucion mas satisfactoria al cit. cap., el que ha ocupado la atencion de jurisconsultos eminentes; y no olvide una de las interpretaciones indicadas allí por los DD. y sostenida por Archid. en el cap. *una sola,* 33. q. 5., de la que puede inferirse, que si se legare cosa de mayorazgo, no subsistirá la manda, ni aun respecto de la estimacion, v. l. 112. princ. D. *de leg. 1.* Tal vez en este punto podria distinguirse entre el mayorazgo creado con licencia real, y el que se fundó sin ella por no quererse perjudicar á las legítimas: en el primer caso no se deberá la estimacion, l. 39. §. 7. D. *de leg. 1.* y allí la Glos., Bart. y DD.; empero tal vez podrá pretenderse en el segundo, si el testador sabia no pertenecerle la cosa que legaba, Glos. y Bart. en la l. 67. §. 5. D. *de leg. 2.*, donde

manda, que lo prueue (54); e si lo prouare, deuela comprar el heredero, e dargela, si gela quisieren vender. E si por auentura non la pudiere auer por compra, o le demandassen por ella mayor precio de lo que vale, estonce el heredero deuele dar tanto por ella, a aquel a quien fue

tambien puede verse Paul. de Castr.: véanse además la l. últ. §. últ. D. *qui et à quib.* y una glos. notable en el cap. *multorum*, 26. q. 2. y la l. 2. princ. D. *de eo quod cert. loc.*: sobre la cuestion indicada del legado de cosa de mayorazgo, véase Juan Fabr. en el §. 4. Instit. *de legat.*, hablando de las cosas feudales; y allí, col. 2. se ocupa tambien del cit. cap. *filius noster*.

Supóngase que el testador dejó á título de legado alguna cosa al poseedor de un mayorazgo, con el gravámen de entregar otra perteneciente al mismo, y de modo que no cumpliendo, pierda la manda; ¿subsistirá semejante gravámen? Parece que no, dado que se reduce á una condicion imposible, por ser prohibido el permutar las cosas de mayorazgo: sin embargo parece que subsistirá, en cuanto á la estimacion, segun Bald. é Imol. en la l. 39. §. 7. D. *de leg. 1.*, quienes dicen que si bien el gravámen en si es imposible, puede tener lugar un equivalente; en cuanto á este equivalente subsistirá; admito esta decision, arg. l. 14. §. últ. D. *de leg. 3.*, y véase lo que dije en la l. 10. tít. 26. Part. 4. glos. magistr. Supóngase que el padre creó en testamento un mayorazgo de bienes de uno de los hijos que tenia bajo su poder, nombrando otro hijo por sucesor, y añádase que despues muere el primero; ¿subsistirá semejante mayorazgo? Para la decision de este punto véanse Bart. y los DD. y en particular Paul. de Castr. discurriendo con sutileza de acuerdo con la Glos. en la l. 44. princ. D. *de leg. 1.* ¿Qué dirémos, si el padre no hubiese pagado el precio de alguna de las fincas que amayorazgó? ¿Deberá satisfacerlo el sucesor al mayorazgo, ó el heredero de los bienes libres? Bald. en la l. 10. C. *de legat.*, dice que vendrá á cargo del último. Si alguna de las cosas de mayorazgo fuese vindicada por un tercero, ¿estarán obligados al saneamiento los herederos del fundador? v. l. 77. §. 8. D. *de leg. 2*, y Bald. en d. l. 10. vers. *ulteriùs* al fin. ¿Deberáse la estimacion si se legare el fundo dotal? Opina negativamente la Glos. en la l. 16. D. *de testam. milit.*; empero están por la afirmativa Bart. en d. l., Bald. novel. en el tratado de dote, part. 7., priv. 22., Paul., Alex. y Jas. en la l. 39. §. 7. D. *de leg.* 1. y Bald. en d. l. 10, donde espresa ser esta la opinion general; y entiéndase esto, segun Bald. y los DD. en la l. 3. C. *de jur. dot.*, col. 2., aunque sea el marido quien haga la manda: no obstante, el mismo Bald. y Ang. en la cit. l. 16., Salic. en d. l. 10. é Imol. en d. l. 39. §. 7. limitan la validez del legado al caso que sea un estraño el que lo haga; pues que, siendo el marido, parece haberse referido al derecho que tenia la cosa dotal, por mas que deba concluir al dia de su muerte, segun la opinion mas general, de la que hablan Bart. y Alex. en la l. 24. §. últ. D. *de leg. 1.* Sin embargo, de acuerdo con Juan de Imol. y otros citados por Alex. y con este mismo D. en d. l. 24., opino que tambien será válida la manda del prédio dotal hecha por el marido. ¿Qué dirémos si se legare una cosa furtiva? Es válida la manda, pues que puede alcanzarse del dueño dicha cosa, Bald. en la l. 1. al fin. C. *de usucap. pro empt.* Si por error de derecho se legare alguna cosa feudal, la disposicion es nula, l 36. D. *de usufr. leg.*: empero, si el testador sabia no estar en sus facultades el legar la cosa misma, se deberá la estimacion, segun Bald. de acuerdo con Odofr. en el princ. *de feud. success.*: véase sobre este punto el mismo Bald. en el cap. 1., §. *donaret, qualit. feud. alien. pot.*, col. 1. vers. *sed ego quæro*, donde dice, que nada se debe en semejante caso, porque es inútil la manda cuando tiene por objeto un derecho que acaba con la muerte del testador. ¿Qué dirémos, si el que tiene el derecho de habitacion lo lega? Será nulo el legado segun Bald. en la l. 11. C. *de usufr.*, arg. d. l. 20, sobre cuya ley v. Alex. cons. 9. vol. 2. col. últ. y Abb. en el cap. *quid autem*, *de jur. patron.* ¿El que hace una donacion, se entiende concretarla al derecho que tiene en la cosa que es objeto de aquella? V. Alex. cons. 47. vol. 3. Cuando el testador era dueño en parte de la cosa que lega, ó tenia algun derecho en ella, se entiende que legó aquella parte ó ese derecho, v. l. 5. §. últ. D. *de leg. 1.*, l. 36. D. *de usufr. leg.*, l. 71. §. últ. D. *de leg. 1.* y l. 24. §. 1. d. tít. y en particular la l. 30. §. 4. D. *de leg. 3.* y allí Bart. Esceptúese de nuestra l. de Part. el caso que el testador creyese que la cosa le pertenecia en virtud de un título especial, que se habia estinguido, l. 36. al fin D. *de usufr. leg.* y allí la Glos. y Bart. Sobre el caso que el testador tenga el derecho de hipoteca sobre la cosa que lega, véase Abb. en d. cap. *filius noster*, adviértase que las leyes que disponen concretarse el legado de cosa agena al derecho que el testador tenia en ella, cuando en efecto lo tiene; deben entenderse del caso que aquel era sabedor de este derecho; de lo contrario, esto es, si lo ignora, se deberá el todo de la cosa ó la estimacion, l. 34. §. l. D. *de leg. 1.* y allí Bart. y Paul. de Castr., véase al mismo Paul. en la l. 71. §§. 1. y últ. D. d. tít.

(54) Incumbe pues al legatario esta prueba, segun esta l. y el §. 4. Instit. *de legat.*: sobre los casos en que se presumirá saber ó ignorar el testador que la cosa no le pertenece, véase Bald. en la l. 10. C. *de legat.* col. últ. vers. *dubitatur*.

mandada, quanto apreciaren (55) dos omes buenos, que podria valer. Mas si non pudiere prouar, que el fazedor del testamento sabia que aquella cosa que mandaua era agena, estonce non deue auer (56) ninguna cosa por razon de tal manda, aquel a quien fue mandada. Fueras ende si fue fecha manda de tal cosa a tal persona que ouiesse allegança (57) con el fazedor del testamento; assi como si la fiziere a su muger, o algund ome que fuere pariente del mismo; ca en tal caso como este, entiendese, que si el testador sopiesse que la cosa que mandaua a alguna de las personas sobredichas, que era agena, que le mandaria dar, o comprar de sus bienes proprios, tanto quanto asmassen que podria valer aquella cosa agena. Esso mesmo seria, si el fazedor del testamento mandasse aforrar algun sieruo ageno, cuydando que era suyo; ca tenudo es el heredero, de comprar tal sieruo como este, e de aforrarlo (58).

LEY 11. *Como el fazedor del testamento, puede fazer manda de alguna cosa, que fuesse empeñada.*

Manda (59) faziendo el testador de alguna cosa suya (60), que el sabia (61) que era empeñada, o obligada a otri por menos de lo que valiesse, tenudo es el heredero de la quitar de los bienes del finado, e de darla a aquel a quien fue mandada. Otrosi dezimos, que si tal cosa era empeñada por tanto, o por mas de lo que valiesse, que estonce la deuria quitar el heredero del testador, de los bienes de la herencia, quier sopiesse que tal cosa era empeñada (62), o non (63), quando la man-

(55) Añád. §. 4. Instit. *de legat.*, l. 14. §. 1. y l. 30. §. últ. D. *de legat.* 3. y l. 61. D. *ad leg. falcid.*

(56) Esceptúese el caso que el testador hubiese legado la cosa agena, que la creia suya, con la intencion que el legatario la compensara con una deuda natural; entiéndese entonces ser la intencion del testador que en todo caso el legatario tenga la cosa ó la estimacion, Paul. de Castr. en la l. 72. D. *ad Trebell.*, fundado en la misma ley, que dice ser terminante.

(57) Concuerda con la cit. l. 10. C. *de legat.*, con la l. 6. C. *de fideicom.* y con la l. 10. §. últ. D. *de aur. et arg. leg.*: véase la Glos. en d. l. 10. Acerca de los parientes que se dirán personas conjuntas, y hasta que grado, véase Alex. en d. l. 10. ¿Bastará que la persona sea conjunta al tiempo del testamento, aunque despues haya dejado de serlo? Opina afirmativamente Bald. en d. l. 10. col. últ. Si el hijo es instituido en cosa cierta que no pertenece al padre, ¿será nulo el testamento? Bald. de acuerdo con Guill. está por la negativa en la l. 36. princ. C. *de inoff. testam.*, aun en el supuesto que el testador hubiese ignorado que dicha cosa no le pertenecia. Si al legatario se le vindica la cosa legada, ¿tendrá la accion para el saneamiento? V. l. 71. §. 1. D. *de leg. 1.*, l. 77. §. 8. D. *de leg.* 2. y allí Bart. y la Glos. y DD. en d. l. 10. Téngase presente lo que llevamos dicho mas arriba, que, si el testador tenia algun derecho en la cosa legada, y no lo ignoró, la accion del legatario se limita al indicado derecho; y que de lo contrario puede reclamar el todo de la cosa ó la estimacion de ella, segun Bart. y Paul. de Castr. en la l. 44. §. 1. D. *de leg. 1.*; lo que debe tenerse presente para el caso que el fundador de un mayorazgo hubiese comprendido en él alguna finca agena en la que tenia el derecho de hipoteca, ignorando entrambas circunstancias. Véase tambien Paul. de Castr. en la l. 71. §§. 1. y últ. D. *de leg. 1.* y lo anotado por el mismo en la l. 67. §. 5. D. *de leg.* 2.

(58) Concuerda con la l. 39. l. «*respons.*» D. *de fideicom. libert.*

(59) Concuerda con las ll. 57. D. *de leg. 1.* y 6. C. *de fideicom.* y con el §. 12. Instit. *de legat.*

(60) ¿Qué dirémos si lega una cosa agena afecta á hipoteca? V. Bart. en la l. 86. princ. D. *de leg. 1.* Esta misma l. puede servir para resolver la cuestion aquella, á saber, si tendrá efecto la manda de un mayorazgo, hecha al siguiente en grado, cuando algunas de las cosas del mayorazgo, se hallaban obligadas por autorizacion real; cuestion que se reduce á si los herederos del testador deberán desobligar las cosas hipotecadas; lo que parece resulta del citado testo, el que es único en la materia, segun Paul. de Castr. y Din.

(61) En caso de duda se presumirá que lo sabia, si fué el quien la empeñó; pues que se presume la ciencia cuando se trata de un hecho propio, l. 7. D. *ad velley.*, á no ser que fuese muy antiguo ó complicado, segun Bart. en d. l. 57. D. *de leg. 1.* En punto al hecho antiguo, distíngase con Alex. en d. l. ¿Qué dirémos si el testador hipotecó con posterioridad al testamento la cosa legada? Entónces sin distincion deberá desobligarla el heredero, l. 3. C. *de legat.*

(62) Tanto si estuviese hipotecada por una deuda hereditaria, como si lo fuese por deuda agena, segun la opinion general en oposicion con Bart. en d. l. 57., opinion, que adoptaria nuestra l., atendido que no distingue en el supuesto que deba correr de cuenta del legatario el desobligar la cosa, y sea esta hipotecada por una deuda agena, el heredero deberá ceder al legatario la accion que tuviere contra el tercero, l. 39. §. 3. D. *de leg. 1.* No tendrá lugar la distincion de esta l. en el caso que la cosa se diese en hipoteca antes de la muerte del testador por una deuda del heredero; sino que este deberá indistintamente desobligarla, pues que no haciéndolo, parece in-

dauan. Mas si por menor precio de quanto valia, yazia tal cosa en peños, si el testador non lo sabia quando la mando, deuela quitar de lo suyo aquel a quien es fecha la manda (64).

LEY 12. *Como de las cosas que non son aun nascidas, puede ser fecha manda.*

Pueden fazer manda los fazedores de los testamentos, de las cosas que son nascidas a la sazon que las mandan, e aun de las que pueden nascer (65) despues que las mandaren, assi como los frutos de la tierra, e de los arboles. Otrosi de los fijos de los sieruos, e de los ganados, e de las bestias. Pero dezimos, que si los fazedores de los testamentos fiziessen manda de tal cosa, de que non fuessen ciertos (66), si era biua, o non, assi como de sieruo, o de otra cosa que fuesse en otra parte; estonce el heredero deue dar recabdo a aquel a quien fue mandada tal cosa, que si la pudiere auer por alguna manera, que gela de. E aun dezimos, que el heredero se deue trabajar a su costa (67), por cobrarla.

LEY 13. *De quales cosas non puede ser fecha manda.*

Las cosas sagradas (68) que pertenescen a la

currir en culpa y dolo, l. 47. §. 5. D. d. tít. y Ang., Raf., Paul. de Castr. y Alex. en d. l. 57., si bien, Imol. quiso tambien distinguir en este caso, dado que la l. no hace diferencia de deuda. Empero, la opinion de aquellos nos parece mas acertada y equitativa: sostiénela tambien Bart. en la l. 6. C. *de fideicom.*: y viene en apoyo de la misma esta l. de Part., cuando dice, *de los bienes del finado*, palabras que no pueden referirse al caso que se tratase de deuda del heredero, atendido que entónces este debería verificar la luicion hasta con sus propios bienes. Otras dos escepciones pone Bald. en d. l. 6., á saber; 1ª. si la cosa hubiese sido hipotecada por un hecho del legatario; 2ª. cuando la hipoteca versare sobre un cuerpo colectivo, como el peculio, un establecimiento mercantil, etc.: en entrambos casos, dice, al legatario toca la luicion.

(63) Porque de otra suerte seria inútil el legado. Así entendia la Glos. la cit. l. 57., así como la generalidad de los DD., y Az. en la sum. C. *de legat.* col. 3.: viene en apoyo de la razon indicada la l. 29. D. *de leg.* 3., si bien obsta la l. 66. D. *de leg.* 1. Ang. al cual sigue Raf., Paul. de Castr. y Alex. en d. l. 57., la entendia de otra suerte, á saber, que si podia haber algun sobrante despues de satisfecha la deuda, entonces indistintamente debe el heredero desobligar la cosa legada aunque el testador ignorara el gravámen; pues que caeria en culpa no verificando lo que haria cualquier padre de familias en semejante caso; empero, si satisfecha la deuda, no debia quedar ninguna resta del precio de la cosa, la luicion correrá de cuenta del legatario, á no ser que fuese conjunta persona, pues que al heredero no puede imputársele culpa. Dió lugar á esa divergencia de opiniones el contesto de la cit. l., ley que enmienda la Glos. leyendo « *vel nisi non potest aliquid esse superfluum*, en lugar *del vel potest aliquid esse superfluum*;» al paso que Ang. no admite correccion alguna; á la verdad corresponde allí la particula negativa, la que he visto en otra impresion; y con esta particula la entiende nuestra l. de Part.

(64) Esceptúese el caso que fuese persona conjunta, ó en general, alguna de aquellas á quienes se presume que en todo caso el testador les hubiera hecho la misma manda: entonces la luicion corresponde al heredero, l. 6. C. *de fideicom.* y la Glos. junto con la mayoría de los DD. en d. l. 57.

(65) Concuerda esta l. con lo anotado por Az. en la Sum. C. *de legat.* col. 3. vers. *item legari potest.*, donde la Glos. alega las concordancias.

(66) Por aquí se ve que se trata del caso que al tiempo del testamento hubiese incertidumbre acerca la existencia de la cosa: entónces basta dar caucion al legatario, segun esta l., la l. 69. §. últ. D. *de leg.* 1. y la Glos. en la l. 39. D. d. tít. Si se sabe que la cosa existe, pero se halla en lugar remoto, el heredero la buscará y recobrará á sus costas, para entregarla al legatario, d. l. 39., la que limita la l. 47. §. 1. D. d. tít.: la Glos. en la l. 38. D. *de jud.* sostiene que el heredero cumple poniendo á disposicion del legatario la cosa legada en el lugar donde esté; pero esto no es admisible, cuando se hallase en un punto distante, de suerte que el legado se redujera casi á la nulidad, si el legatario tuviese que buscar y recoger la cosa á sus costas, Imol. y Alex. en d. l. 39., donde el último asegura ser esta la opinion general: empero Paul. de Castr. en d. l. limita la decision al supuesto que el testador no ignorase donde está la cosa legada, y en estos términos se entiende el §. 1. de la cit. l. 47.; conviene con esta limitacion Alex., diciendo hallarse apoyada por la l. 108. princ. D. *de leg.* 1.; yo me conformo con ella, salvo en el caso que los gastos indispensables para alcanzar la cosa legada absorviesen el valor de la misma, arg. l. 57. D. d. tít. y la l. ant. de este tít. de Part. junto con lo que allí dije; entonces creo que semejantes gastos vendrian de cuenta del heredero. Por lo que mira al esclavo legado que huye despues del testamento, véanse la Glos. y Bart. en d. l. 39.

(67) Añád. d. l. 69. §. últ. D. *de leg.* 1.: viene esto en apoyo de lo que dije al fin de la glos. ant.

(68) Concuerda con Az. en la sum. C. *de legat.*

Yglesia: otrosi las cosas que son señaladamente de los Reyes (69), assi como los palaciós, e las huertas, e los cilleros, que son cosas que non deuen ser vendidas, nin enagenadas en ninguna manera sin mandado dellos (70): otrosi las plaças, e los exidos, e las otras cosas que son comunales (71)

col. 4. vers. *licet autem dixerim:* añád. l. 4. D. *de contr. empt.*, l. 39. §. 7. D. *de leg. 1.*, l. 15. tít. 5. Part. 5. y l. 7. tít. 28. P. 3.

(69) Tiene el monarca doble patrimonio, el 1º. se llama privado ó patrimonio del César, y es el que tiene como particular, y no en calidad de príncipe, rey ó emperador; el otro llamado patrimonio fiscal, es el que tiene el rey bajo esa calidad, l. 7. C. *de eden.* y allí Cyn., l. 2. §. 1. D. *ne quid in loc. pub.* l. 1. D. *de off. Procur. Cæs.*, ll. 1. y 2. C. *si adversus fiscum*, junto con lo anotado en ellas, l. 3. C. *ubi caus. fisc.* y Alex. cons. 6. vol. 4; añád. Luc. de Pen. en la rubr. C. *de feud. rei priv.* Dijo tambien Bald. en la l. 1. C. *de hæred. vel act. vend.* que son dos los patrimonios del príncipe; el uno llamado fiscal, por ejemplo, las obvenciones de la cámara del rey; y el otro conocido con la denominacion de patrimonio real, el que se compone de los bienes que pertenecen al príncipe sea cual fuere la persona que ocupe el trono. Nuestra l. de Part. parece deberá entenderse de los últimos, y no de los que constituyen el patrimonio privado del rey: v. l. 1. t. 17. Part. 2. y lo que allí dije: tampoco será aplicable á los bienes confiscados, mientras no llegaren á ser parte integrante del patrimonio del príncipe, l. 39. §. 7. D. *de leg. 1.* Que los bienes confiscados no se considerán desde luego parte de dicho patrimonio, lo sostiene Andr. de Isern. *de prohibit. feud. alien. per Freder.* vers. *neque dominus* col. 3; y así opina tambien Car. Molend: en la glos. á las costumbres parisienses §. 3. n. 14. donde dice, que si bien el patrimonio del rey es inenagenable y fuera del comercio, por no ser del príncipe y si del trono y de la república; sin embargo los feudos y subfeudos y cualesquiera inmuebles confiscados ó que hayan caido en comiso, pueden libremente ser enagenados y cedidos perpétuamente por el rey; pues que semejantes obvenciones, aunque sean de cosas dependientes del dominio real, no se consideran desde luego incorporadas al mismo dominio por el mero hecho de la confiscacion ó comiso: alega lo que dice Andr. de Isern. lug. cit. y en el cap. 1. *de his qui feud. dar. poss.* col. 2., además la constitucion del reino de Sicilia que empieza *Constitutionem* dada por Federico II. y allí Mat. de Aflict.: adviértase respecto de esa constitucion que, cuando habla de lo que pertenece al patrimonio del príncipe, como palacios, jardines etc., debe entenderse de lo que está inherente á la dignidad; pues que lo demás podrá enagenarlo un monarca como un particular cualquiera. A las cosas que enumera nuestra l. agréguense las rentas reales, de las que trata la l. 6. tít. 28. Part. 3.: forman ellas parte del patrimonio perpetuo de la corona y del reino, y son imprescriptibles, como allí se espresa, y espuse latamente en la glos.; á mas de que, si la l. 39. §. 7. D. *de leg. 1.* reputa como falta de juicio al que lega algun predio de los del patrimonio privado del príncipe; con mayoría de razon deberá considerarse tal el que hace manda de las rentas reales; añád. Andr. de Isern. en d. vers. *neque dominus fundi*, col. 1. y en la cit. l. 6. donde dice que se entienden tambien pertenecer al dominio del Príncipe las gavelas á que tiene derecho para su manutencion.

(70) Añád. d. l. 39. §. 7. D. *de leg. 1.*: de aquí parece deducirse *á sensu contrario*, que el Príncipe podrá enagenar el patrimonio de la corona: así opinaba Andr. de Isern. en d. cap. *imperialem* y en el cit. vers. *neque dominus feudi*, col. 1. sin embargo concluye, que si estas enagenaciones se verificasen en grave perjuicio del reino y en menoscabo de la dignidad real, deberian considerarse nulas, segun el cap. *intellecto de jurejur.*; véase lo que dije en la l. 10. tít. 18. y en la l. 28. tít. 11. Part. 3. De esta l. de Part. y de la cit. l. 33. §. 7. se sigue, que se consideran imposibles aquellos hechos que dependen de la mera voluntad del Príncipe; véanse en d. §. 7. Bart., Castr., Alex. y Jas. quienes aducen esto en varias cuestiones que allí tratan; véase tambien Bald. en la l. 10. C. *de legat.* col. 2. vers. *item dubitatur*, y además en la l. 1. C. *de instit.* col. 3., donde establece que se entiende por no puesta la condicion, cuya existencia no puede tener lugar sin un decreto del Príncipe, á no ser que semejante condicion fuese sustancial, por egemplo, si el padre hiciere una manda á su hijo natural, si alcanzaba la legitimacion, l. 62. D. *de hæred. instit.* Dice tambien Bart. en la l. 137. §. 6. D. *de verb. oblig.* que se reputa imposible aquello que para alcanzarlo es indispensable una ley especial. Sin embargo los DD. esceptuan aquellas cosas que el Príncipe suele conceder fácilmente, Paul. de Castr. en d. l. y Alex. y Jas. en la cit. l. 39. §. 7., arg. l. 5. princ. D. *de reb. dub.*, l. 59. D. *de condit. et demonstr.* y d. §. 7. De esta l. de Part. y de la cit. l. 39. puede inferirse que, ni aun se deberá la estimacion cuando el testador legare una cosa de mayorazgo, aunque fuese á sabiendas, siempre que al autorizar la vinculacion el príncipe, hubiese prohibido la enagenacion; y en efecto, en este caso no puede ella tener lugar sin el permiso real. Qué dirémos, si se hubiese legado alternativamente una cosa

de las Ciudades, e de las Villas, e otras cosas semejantes, non se pueden mandar (72). Otrosi dezimos, que nin los marmoles (73), nin los pilares, nin las pilas, nin las puertas, nin madera, nin ninguna de las otras cosas, que son puestas, e ayuntadas a casas (74), e a los otros edificios, non pueden ser mandadas en testamento a otri. E si algund ome fiziesse manda dellas, o de otras semejantes non vale, nin es tenudo el heredero de dar aquella cosa, nin la estimacion della (75). E esto es defendido, por que tales cosas como estas fazen mas apuestas (76) las Villas, e los Lugares, do son; e porende non se deuen por tal razon arrancar en ninguna manera. E aun dezimos, que quando el fazedor del testamento mandasse su sieruo Christiano a otro que fuesse Judio, o Moro, o Herege, que tal manda non es valedera (77). E si por auentura algun testador mandasse a otro en su testamento alguna cosa, que fuesse de tal natura, e de tal condicion, quando la mandaua, que lo podia fazer de derecho, e despues desto se camiasse a otro estado, que fuesse

de mayorazgo y otra que no se hallaba amortizada? Parece que el legado subsistirá en cuanto á la última, por ser de libre transmision, arg. l. últ. §. últ. D. *qui et á quib.*: vienen en apoyo de esto una glos. notable en el cap. *multorum*, 27. q. 2. y la l. 2. D. *de eo quod cert. loc.*, si bien obsta la l. 8. §. 5. D. *de condit. instit.* junto con lo anotado por Bart.

(71) Entiéndase de aquellas cuyo uso es público, como plazas, fuentes etc., segun esta l. y d. l. 39. §. 7. y no de aquellas cuyo uso no es público, por mas que sean del patrimonio del comun, l. 6. D. *de contr. empt.*, l. últ. C. *de vend. reb. civit.*, y véase lo que dije en la l. 15. tít. 5. Part. 5.

(72) De consiguiente ni la estimacion se deberá al legatario; á no ser que el testador hubiese manifestado espresa ó tácitamente ser su voluntad que dicha estimacion se entregara, l. 112. D. *de leg. 1.*, la Glos. en d. l. y en el §. 4. Instit. *de legat.*, Alber. en la l. 39. §. 7. D. *de leg. 1.* y en la cit. l. 112., Paul. de Castr. en la misma, Juan Fabr. en d. §. 4. y Az. en la Sum. C. *de legat.* col. 4. La opinion de la Glos. es desechada generalmente, segun Bald. é Imol. en d. l. 112. Podria quizá distinguirse: si la cosa legada es sagrada ó religiosa, como que es inestimable, no se deberá jamas la estimacion; empero tratándose de cosa estimable, no hallamos reparo en que la estimacion se deba, si se probare ser esta la voluntad del testador; pero adviértase que esta voluntad debe ser manifiesta, como dice la Glos. en el cit. §. 4., y lo será si el testador dice, *lego tal cosa ó su estimacion.*

(73) Bajo la palabra *piedras*, vendrán tambien comprendidos los mármoles? Así opinan la Glos. y Juan de Plat. en la l. penúlt. C. *de metall.*, donde puede verse si nos será permitido entrar en predio ageno, contra la voluntad del dueño, al efecto de buscar mármoles; añád. l. 8. tít. 12. libr. 6. del órdenam. Real.

(74) Concuerda con las ll. 41. D. *de leg. 1.* y 21. §. últ. D. *de leg. 3.*: esta última l. limita la prohibicion á las cosas que no pueden separarse de los edificios sin detrimento de los mismos: además la l. 11. §. 14. D. *de leg. 3.* esceptua de la prohibicion las que se hubiesen incorporado ilicitamente á un edificio: otras limitaciones hallamos en el §. 5. de d. l. 41. y en la l. 45. D. *de donat. int. vir. et uxor.*, junto con lo anotado en ella. Qué dirémos de lo que forma parte de una choza? v. l. 43. §. 1. D. *de leg. 1.*

(75) Desecha la opinion de la Glos. en la cit. l. 41., la que queria en semejante caso que el legado debia subsistir en cuanto á la estimacion; opinion generalmente admitida por los DD., segun Alex. y Jas. en d. l. §. 1. Empero Raf. opinaba lo contrario, fundado en algunas razones indicadas por los cit. DD., quienes no las creyeron bastantes para abandonar la opinion general, la que fué adoptada por Az. en la l. 46. D. *solut. matrim.* y por otros DD, segun Juan de Imol. en d. l. 41. princ. Téngase, pues, presente esta l. de Part.: quizá temió que el heredero entregaria la cosa misma, si se le obligaba á dar la estimacion; pudiendo de ahi resultar la ruina ó desmejora de algunos edificios; y así parece inferirse de lo que se lee á continuacion. Limítese esta l. de Part. en el caso del §. 4. de la cit. l. 41., caso especial, como advierte Raf., en el cual si se debe la estimacion es por la duda que resultaba de circunstancias particulares.

(76) Añád. l. 16. tít. 2. Part. 3. y lo que allí dije, l. 37. tít. 28. y ll. 20. y penúlt. tít. últ. de la misma Part., l. 2. C. *ne præd. et reb. navic.* y allí Juan de Plat. y l. últ. C. *de jur. reipubl.* y allí el cit. D.

(77) Añád. l. únic. C. *ne christian. mancip.*, l. últ. tít. 21. Part. 4., l. 22. tít. 11. Part. 5. y cap. *mancipia* 54. dist. Lo que se dice aquí del herege se halla tambien en la cit. l. últ. y en la rubr. C. *ne cristian. mancip.*: véase sobre esta materia una glos. notable en el §. *hoc tunc*, 54. dist. En este caso ni la estimacion se deberá, l. 49. §. 2. D. *de leg.* 2. Glos. en la l. 40. D. *de leg. 1.*: de aquí infiere Bart. en la l. 39. §. 7. D. *de leg. 1.*, que si la ley del Estado declara incapaz al estrangero para adquirir inmuebles, no subsistirá, ni aun respecto de la estimacion, el legado que se le hiciere de semejantes bienes; empero la opinion general de los DD. esta en contrario; véase el mismo Alex.: viene en apoyo de la opinion co-

atal, que si estonce fuesse por fazer el testamento, que la non podria mandar; dezimos, que non valdria tal manda (78). E esto sería, como si mandasse alguna cosa, que non fuesse sagrada quando la mandaua, e acaesciesse que la sagrassen despues, sin mandado e sin culpa del heredero (79). Ca estonce, el heredero non seria tenudo de dar la estimacion de tal manda. E esso mesmo seria en las otras cosas semejantes destas, quando la cosa que fuesse mandada, mudasse su estado, o su condicion sin culpa del heredero.

LEY 14. *Como castillo, o otro lugar, que fuesse dado a algun ome, por seruicio señalado que el fiziesse por ello, non puede ser fecha manda del a otros, que non supiessen fazer aquel seruicio.*

Castillo (80), o Villa, o Aldea, o alguna heredad, que diesse Emperador, o Rey a algunos omes, porque le fiziessen algun seruicio señalado (81) de las rentas que lleuassen dende, obligando para siempre aquella cosa por aquel seruicio; assi como si la diesse a Caualleros, que le seruiessen con armas, segun que conuiene a Orden de Caualleria; o si la diesse a Marineros, que le fiziessen seruicio con nauios sobre mar, o Almogauares (82), o Ballesteros: si (*b*) la cosa fuesse dada por alguna destas razones sobredichas, o por otras que les semejan, si fiziesse manda alguno de aquellos a quien era dada, a tales omes, que non supiessen fazer aquel seruicio a que era obligado; dezimos que si aquel que faze tal manda, fuesse estonce cierto, que aquellos a quien mandaua tal cosa como esta, que non eran omes que supiessen cumplir aquel seruicio, que semeja que su voluntad fue, que ouiessen tanto de sus bienes, quanto vale aquella cosa que les manda. E porende el heredero es tenudo de dar la estimacion (83) de tal manda, e non la cosa mandada. Mas si non fuesse cierto, quando la mando, si eran omes para cumplir aquel seruicio, o non, estonce non seria tenudo el heredero de cumplir tal manda, nin de dar la estimacion della. Fueras ende si aquellos, a quien tal manda faze el testador, fuessen tan sabidores, e tan buenos para cumplir el seruicio sobredicho, como era aquel que fizo la manda; ca estonce, deuese cumplir en todas guisas.

LEY 15. *Como pueden ser fechas mandas de las cosas que non son corporales.*

Fazerse puede manda, non tan solamente de las cosas corporales, assi como de las heredades, e de las otras cosas que puede ome tañer, e ver; mas aun, se puede fazer de aquellas que lo non son (84), assi como de los derechos que ome ha contra sus debdores (85). Ca bien los puede mandar a otro en su testamento, si quisiere. Esso mismo dezimos, que puede fazer de los otros de-

(*b*) de la cosa que fuese asi dada Acad.

mun el que el estranjero no es incapaz por razon de delito, cual el judio ó herege á quien se lega un esclavo cristiano; y apoya la misma opinion la ley siguiente de este tít.

(78) Concuerda con las ll. 83. §. 5. D. *de verb. oblig.* y 41. §. últ. y l. sig. D. *de leg. 1.* Que dirémos, si la cosa que no podia legarse al tiempo del testamento, por ej., por ser sagrada ó inherente á un edificio, se hallare capaz de ser legada al tiempo de la adicion de la herencia? v. d. l. 41. §. 1.

(79) Añád. d. l. 41. §. últ. y allí Imol., y la cit. l. 83. §. 5.

(80) Háse tomado de las ll. 11. §. 16. D. *de leg. 3.*, 114. §. 5. D. *de leg. 1.*, de lo anotado por la Glos. en la l. 40. d. tít. y de Az. sum. C. *de legat.* col. 4.

(81) Tenemos pues que el Rey podrá conceder ciudades, villas y castillos del Reino á algunos militares, para que con sus réditos le presten ciertos servicios; semejante concesion no será una donacion propiamente tal, y de consiguiente no viene comprendida en las leyes del Reino que prohiben donar semejantes objetos; será si una concesion en feudo, segun la l. 2. tít. 25. Part. 4. y arg. l. 7. §. 2. D. *de donat. int. vir. et uxor.*; ó mas bien un contrato inominado *doy para que hagas*, l. 5. D. *de præscript. verb.* y l. últ. tít. 6. Part. 5.—* Véase la adicion á la glos. 58. del tít. 4. Part. 5.

(82) De ellos trata la l. penúlt. tít. 22. Part. 2.

(83) Sin embargo, si el legatario fuese persona conjunta, se le deberá la estimacion, aunque el testador ignorase la incapacidad que dicho legatario tenia para recibir la manda en especie, l. 10. C. *de legat.*, l. 10. de este tít. de Part. y Alex. en la l. 39. §. 7. D. *de leg. 1.*, de acuerdo con Pedro de Bellapèr., Nicolas de Neap. y Raf.

(84) Añád. l. 41. princ. D. *de leg. 1.* y el §. 21. Instit. *de legat.*

(85) De este legado nace la accion útil á favor del legatario, sin necesidad de cesion alguna, l. 18. C. *de legat.* Y si el deudor opone al legatario la escepcion de ser falso el testamento, ó falto de alguna solemnidad, podrá el heredero, para evitar entorpecimientos, instituir la accion directa? Así opina Bald. en la l. 1. C.

rechos que ouiesse, por razon de seruidumbre (86), en personas, o en casas, o en campos agenos. Pero si aquella debda, o cosa, de que fizo la manda el testador, en su vida la ouiesse ya demandada, e recebida (87) de aquel que gela deuia, estonce non le valdria tal manda, nin seria tenudo el heredero de dar la estimacion della; porque se entiende que la reuoco, pues que la demando, e que gela dieron. Mas si el debdor de su grado (88) pagasse aquella debda al testador sobredicho, a quien la deuia, non gela demandando, estonce el heredero tenudo seria de dar la cosa, o la estimacion della, a aquel a quien fue mandada. E esto es, porque pues el debdor gelo pago de su grado, non gela demandando el fazedor del testamento, semeja que su entencion fue de la recebir, como para guardarla, para aquel a quien la auia mandada.

LEY 16. *Como aquel que manda la cosa que tiene en peños, non se entiende que le quita la debda.*

En peños teniendo algun ome cosa de otro por dineros que ouiesse emprestado sobre ella, si este atal (89) a quien fuesse obligada, fiziesse manda de aquella cosa a aquel mismo que gela obligara, vale (90) tal manda. Pero a sus herederos en saluo les finca su derecho, para poder demandar a aquel que la empeño, los dineros (91) que el testador le auia prestado sobre aquella cosa.

comm. de leg. col. últ. De esta l. de Part. parece deducirse que un mayorazgo puede consistir en los réditos anuales que conocemos bajo los nombres de juros ó censos: ahora bien, creándose un mayorazgo con tales réditos, vendrán comprendidas en él las pensiones que habian vencido á la época de la creacion del mismo, ó en vida del fundador? v. l. 34. princ. D. *de leg.* 3. y Paul. de Castr. en la l. 86. §. 2. D. *de leg.* 1.

(86) Véanse sobre la materia la l. 4. D. *de serv. rustic. præd.*, l. últ. D. *comm. præd.* y tot. tít. D. *de serv. leg.*

(87) Concuerda con d. §. 21. Instit. *de legat.* junto con la Glos.: nótese esta palabra *recebida*, de la que se infiere que no se entenderia quitado el legado por el mero hecho de haber demandado la deuda el testador, y aunque hubiese ya obtenido sentencia, l. 6. §. 1. D. *de instr. vel instrum. leg.* y allí Bart.; donde trata tambien de si por medio de la novacion se estinguirá el legado de crédito.

(88) Añád. l. 11. §. 12. D. *de leg.* 3. y la Glos. en d. §. 21.

(89) ¿Qué dirémos, si el deudor lega al acreedor la cosa hipotecada? v. l. 16. C. *de leg.* y l. 85. D. *de leg.* 2., donde se declara ser válido semejante legado, sin que por él venga á estinguirse la accion del acreedor; véase la glos. 91.

(90) Esto es, en cuanto á la remision de la prenda, y no al efecto de estinguir la deuda, como añade mas abajo; á no ser que fuese otra la voluntad del testador, l. 1. §. 1. D. *de lib. leg.* y l. 3. §. últ. D. *de leg.* 3., de las que esta de Part. se ha tomado, así como de lo que dice la Glos. en ellas. Adviértase, que al deudor á quien se lega la remision de la prenda, no puede imponérsele gravámen por semejante legado, pues que de él no resulta utilidad pecuniaria, l. 2. D. *quæ in fraud. credit.*; así es que dicha remision no tiene el carácter de donacion, segun Bald. en d. §. últ., añád. Glos. en la l. 16. C. *de legat.* ¿Qué dirémos si el acreedor que lega la cosa que le está hipotecada, creia pertenecerle? ¿Se entenderá haber remitido el derecho de hipoteca? Bald. está por la negativa en la l. 86. princ. D. *de leg.* 1., á no ser que el legatario fuese persona conjunta, arg. l. 10. C. *de legat.*; empero, con razon es impugnado allí por Alex. y Paul. de Castr., hallándose fuertemente apoyados por la l. 67. §. 8. D. *de leg.* 2.: en efecto, si el testador tuvo intencion de legar el dominio de la cosa, con mayoría de razon se entenderá haber remitido el derecho de hipoteca que tenia en ella. ¿Qué dirémos si te legó una cosa que te pertenece, pero que se halla hipotecada á un tercero? Segun la cit. l. 86. princ., subsiste el legado, debiendo el heredero quitar el gravámen de la hipoteca; esta l. es única en su clase, segun Din., Bald. y Alex. en ella; y en la opinion de Bart. allí procederá la aplicacion de d. l., en el supuesto que el testador supiese que la cosa era agena y afecta á hipoteca, pero no si ignorase alguna de estas circunstancias; hace al propósito la l. 57. D. *de leg.* 1.; véase al mismo Bart., así como á Paul. y Alex. en d. l. 86.

(91) Bart. en d. l. 86. esceptua el caso en que la deuda equivaliese al valor de la cosa legada; entónces, dice, como no es verosímil que el deudor redima la prenda, se presumirá que el testador quiso remitir la deuda; y aduce la l. 101. princ. D. *de leg.* 3.: adhiérense á esta opinion Nicol. de Neap. y Raf. en d. l. 86. y Pedro de Anch. é Imol. en el cap. *filius*, *de testam.* Empero Ang., Alex., Paul. de Castr. y el mismo Imol. en d. l. sostienen lo contrario, y esto parece lo mas acertado, mayormente por nuestro derecho, atendido que esta l. de Part. habla en términos generales.

¿Qué dirémos si el deudor lega al acreedor la cosa hipotecada? Parece no haber sido con in-

tencion de que la compensara con la deuda, de consiguiente el acreedor conseguirá entrambas cosas; véase la glos. 89; esto tendrá lugar tambien en el caso que el marido hiciere alguna manda á la mujer á la que quedaba obligado por razon de la dote, l. 1. §. 3. vers. *sciendum* C. *de rei uxor. act.*; á no ser que espresare legar por razon de la dote, ó para que se compense con ella, d. l.; ó bien que manifestare de otra suerte su intencion, l. 77. §. 5. D. *de leg.* 2.

Si el marido lega á la mujer los esclavos que habia recibido estimados en dote ¿podrá aquella pedir dichos esclavos y la estimacion? Así opinan la Glos. en la l 48. princ. D. *de leg.* 2. y Bart. en la l. 1. §. 14. D. *de dot. prœleg.*: añade aquel que tendrá lugar lo dicho, aunque el testador al hacer manda de los esclavos, espresare haberlos recibido en dote, pues que semejantes palabras deben tomarse únicamente como demostrativas de la cosa legada.

Y si el testador añadiese *que no pudiese pedirse la deuda*, se entenderá hecha la manda con la idea de compensacion? Contéstese con Bald. en las ll. 29. C. *de inoff. testam.* col. últ. vers. 3., 6. C. *de hœred. act.*, 2. notab. y 10. C. *de oper. libert.* col. 8.; véase en particular lo que dice en esta última l.

Cuando el padre despues de haber legado 200 libras á la hija á título de dote, la casó dándole 100 por la misma causa, ¿podrá dicha hija á la muerte del padre pedir las cien libras restantes? Bart. en la l. 22. D. *de leg.* 2. decide negativamente, de acuerdo con Dyn.: véase allí Alex. en las adic. y en la l. 84. §. 6. D. *de leg.* 1., donde cita á Oldr. y otros varios que sostuvieron lo contrario: la opinion de Bart. se halla tambien sostenida por Juan de Imol. y Raf. en el cap. *filius, de testam.*, arg. l. 18. D. *de alim. et cib. leg.*, y por Nicol. de Neap. en d. l. 22.: esta opinion parece equitativa, si bien en rigor de derecho podrá ser mas acertada la contraria, la que dicen ser mas general Jas. en la l. 11. C. *de legat.* y Socin. cons. 111. vol. 3.

¿Qué dirémos si el padre, despues de haber dotado á la hija, le hace alguna manda? V. ll. 34. §. 5. D. *de leg.* 2. y 22. §. 3. D. *solut. matrim.* y allí Bart., Jas. de acuerdo con Bald. en la auth. *prœterea* C. *und. vir et ux.* y l. 84. §. 6. D. *de leg.* 1.; añádase lo anotado por Bald. en la l. 1. §. 3. vers. *sciendum*, C. *de rei uxor. act.* y en la l. 32. C. *de inoff. testam.* col. penúlt. y últ.: de los cit. lug. se saca la distincion entre el caso que el testador que lega fuere deudor necesario y aquel en que lo fuere voluntario, arg. d. l. 1. §. 3., d. l. 22. §. 3. y l. 85. D. *de leg.* 2.; véase tambien Bald. en la l. 7. C. *de bon. auctor. jud. possid.*, donde concluye, que si la deuda proviene de la disposicion de la ley, la manda se entiende con la idea de compensacion, arg. d. auth. *prœterea* y d. l. 22. §. 3., pero no cuando dimanare de contrato; ahora, si tuviese un orígen misto, como en el caso de la ley que dispone que el marido lucre la tercera parte de la dote, tendrá lugar la compensacion, segun Jac. de Aret. y Bart., y no se admitirá en la opinion de Feder. de Scal., á la que él se inclina; pues que el derecho que deriva de contrato es hijo de la diligencia del acreedor, al paso que el legado dimana meramente de la voluntad agena, de consiguiente las causas son entónces distintas, l. 12. D. *ad leg. falc.* Si la dote se constituyó en dinero y el legado es en especie, no cabe la compensacion, por repugnarla la calidad de las cosas l. 2. §. 1. D. *si cert. pet.*

¿Qué dirémos si por el contrario la deuda es voluntaria, mientras que la manda es hecha por el testador precisado por la ley? Bald. lug. arriba cit. no admite la compensacion en este caso, fundado en la misma l., que dice ser singular en la materia.

Lo que hemos dicho respecto del legado ¿tendrá tambien lugar en la donacion entre vivos? Es decir, ¿se entenderá hecha con ánimo de compensar si el donante era deudor necesario? Así opina Jas. en la auth. *prœterea* C. *und. vir et ux.*, col. 11., cuya decision refiere el Dr. de Segura en la Repet. á la l. 41. §. 2. D. *de vulg. et pupill.*, fol. 17. col. 2. Véase el mismo Jas. en la l. 38. D. *de cond. indeb.* 1. lect., col. 18, donde esplica y limita su propia decision. Acerca de si el que promete la dote en nombre de la muger, se entenderá hacerlo con la idea de que se compense con lo que aquella le debe, véase Bart. en la l. 41. §. 11. D. *de leg.* 3.; y de allí puede sacarse la regla que no debe presumirse donacion sobre donacion.

A lo que llevo dicho que la donacion entre vivos se presume hecha con la mira de compensarla con la deuda necesaria, obsta al parecer la l. 3. §. 18. D. *de bon. libert.*, la que parece exigir que conste la intencion indicada; y obsta tambien la l. 8. §. 3. D. *de bon. libert.*: véase sobre esta materia á Socin. vol. 1. cons. 93. duda 5. y 6. Podria tal vez decirse que si precedió promesa de dote de parte de aquel que por la ley debia constituirla, y despues él mismo hace donacion entre vivos, se entenderá que tuvo la intencion de compensarla, pues que la deuda precedente era necesaria, l. 84. §. 6. D. *de leg.* 1.; pero no cuando no precedió semejante promesa, ni se habia exigido por el padre la dote que dió á su hija; arg. d. l. 22. §. 3. D. *solut. matrim.*; distinguiéndose en este punto la donacion y el legado, d. l. 3. §. 15. y l. 8. §. 3. vers. *cœterum* D. *de bon. libert.* y lo anotado por Bart. en d. l. 84. §. 6., donde dice que si el padre empieza por hacer simplemente alguna manda á la hija, podrá esta pedir entrambas cosas, arg. l. 12. D. *de probat.* y lo anotado en la l. 84. §. 1. D. *de leg.* 1.: empe-

LEY 17. *Por que razones se entiende que es reuocada la manda, quando el fazedor del testamento la enagena, despues que la ha fecho.*

Viña, o tierra, o otra cosa semejante (92) destas, que fuesse suya del testador, si la mandasse a alguno en su testamento, e despues desto en su vida la vendiesse (93), o la camiasse, en saluo finca aquel a quien la mando, de demandar la estimacion de aquella cosa. Fueras ende, si el heredero del testador pudiesse prouar, que su entencion fue del que fizo la manda, de reuocarla, e por esto la enagenaua. Mas si el fazedor del testamento (94), despues que ouiesse mandada alguna cosa, la diesse en don (95) a otro, estonce se entiende, que reuoca la manda que auia fecha della, e porende non la puede despues demandar al heredero.

ro la opinion general está en contrario, segun Jas. en d. l. 11., atendido que la manda hecha simplemente á la hija, se considera en caso de duda para dotarla, como dijo el mismo Bart. en la l. 23. D. *de jur. dot.*, fundado en el mismo testo; sin embargo, ni esta ley, ni la l. 48. §. 1. prueban lo que se pretende: ahora, si el padre hubiese dicho, *mando tal cantidad á mi hija por razon de adote*, se entenderá indudablemente que hubo la intencion de compensar, l. unic. §. 1. C. *de rei uxor. act.* y allí Bald. Otra distincion podria hacerse, á saber, entre la hija que se halla en edad núbil, y la que se encuentra mas ó menos distante de la pubertad: en el primer caso parece deberá presumirse que la manda se hizo por el padre al efecto de cumplir con la obligacion de dotar; mas no en el segundo, atendido que aun no existia la obligacion dicha, l. 30. D *quand. dies leg. ced.*, y así opina Alex. en d. l. 84. §. 6. col. 3. vers. 3. *potest limitare.* En la manda hecha por el marido á la mujer se presumirá la intencion de compensar con dicha manda las arras prometidas? Véase Rodr. Suar. en la Repet. á la l. 1. tít. *de las arras*, Fuer. Real, vers. *sed pone quæstionem valdé quotidianam.* Téngase presente cuanto llevo espuesto, lo que es resultado de largo estudio.

(92) Luego no tendrá lugar tratándose de cosas muebles; sin embargo, creo que tambien las comprende la ley, ya porque no existe razon de diferencia, ya porque habla en general de toda suerte de cosas la l. 11. §. 12. D. *de leg.* 3., de la que esta de Part. se ha tomado; y que de la misma suerte se espresa el §. 12. Instit. *de legat.* y la l. 18. D. *de adim. leg.*

(93) Esto es, por necesidad, ó porque se temia que la cosa pereciese, Glos. en d. l. 11. §. 12.; pues que si vendió la cosa legada con la idea de hacer algun lucro, tendrémos lo mismo que si hubiese hecho donacion de ella, Glos. y Bart. en d. l. 18. y Bald. en d. l. 11. §. 12. Si el legado fuere condicional, se estingue por la enagenacion de la cosa, sin distinguirse entre la necesaria y la voluntaria, l. 6. D. *de leg. 1.*, l. 34. §. 1. D. *de aur. et arg. leg.*, Bart. en d. l. 18. y Bald. en la l 3. C. *de leg.*; véase en d. l. las limitaciones notables que pone Alex. Si el testador lega un predio y despues cede por necesidad el usufruto del mismo, no se entiende revocada la manda en parte alguna, segun Jacob. de Belov. y Bald. en d. l. 3.; véanse otras cuestiones sobre la materia en Bart. á d. l. 18. y Bald. á la cit. l. 3., de lo que en d. l. 3. se establece, á saber, que el hecho de dar en prenda la cosa legada no estingue la manda, esceptuan los DD. el caso que la deuda montase tanto como el valor de la prenda, de suerte que no hubiese esperanza de luicion, l. 101. princ. D. *de leg. 3.*; pero esa misma escepcion no debe admitirse segun Paul. de Castr. en d. l. 3, cuando la cosa tuviese un precio de afeccion por proceder de alguno de los ascendientes, de suerte que, atendido dicho precio, pueda considerarse obligada por menos de lo que vale; en este caso es presumible que el testador no quiso abandonarla á su acreedor renunciando á la luicion. ¿Qué dirémos si el testador mandó construir una iglesia en su casa, que vendió despues comprando otra? ¿Deberán los herederos edificar la iglesia en la casa posteriormente adquirida? Bald. cons. 26. resolvió afirmativamente esta cuestion, en el supuesto que pudiese cómodamente construirse la iglesia en la nueva casa; de lo contrario, añade, de acuerdo con los demás interesados y con la autorizacion del obispo, se construirá en otro lugar.

(94) No perjudica á la manda la enagenacion hecha por el heredero, aunque sea con permiso del testador, l. 5. §. últ. D. *ut legat. nom. cav.*

(95) Añád. l. 18. D. *de adim. leg.* Y si la muger da en dote á su marido la misma cosa que le habia legado, se entenderá revocada la manda? Alex. cons. 31. vol. 3. vers. *ultimó etiám non obstant* opina por la no revocacion, si bien Jas. en d. l. 3. cree ser atrevido el afirmarla; empero las razones de Alex. nos hacen mucha fuerza. Adviértase que la donacion *mortis causa*, de la misma suerte que el legado, se entenderá revocada por la enagenacion voluntaria, pues que el derecho equipara semejante donacion al legado, l. 15. §. 1. D. *de donat. mort. caus.*, Bald. de acuerdo con Din. en la l. 6. princ. D. *de leg. 1.* y Alex. en la l. 3. C. *de leg.* La disposicion de nuestra ley tiene tambien lugar, aunque el testador vuelva á adquirir la cosa que enagenó voluntariamente, l. 27. §. 3. D. *de instr. vel instrum. leg.*, l. 15. D. *de adim. leg.* y allí Bart.; empero escep-

LEY 18. *Como vale, o non, la manda que el testador faze de dineros que cuyda tener en el arca.*

Teniendo algun testador dineros en su arca, si cuydando que eran diez marauedis, dixesse assi: Diez marauedis que estan en aquel arca (96) mia, mandolos a fulano. Si los marauedis fueren tantos (97), vale la manda. E si por ventura fuessen menos, vale otrosi quanto en aquello que y fallaren, e el heredero non sera tenudo de dar mas. E si fuesse mayor quantia de diez marauedis, non es tenudo de dar mas. E si los diez marauedis sobredichos fuessen en el arca quando murio el testador, e por culpa del heredero se menoscabaron despues, tenudo es el heredero de dar fasta en aquella quantia sobredicha.

LEY 19. *Como deue valer la manda que el testador fiziesse a alguno, cuydando que le deuia algo, e non fuesse assi.*

Cierta quantia (98) de marauedis mandando el testador en su testamento a otro, diziendo assi: Cient marauedis, que yo deuo (99) a fulano, mando que gelos den. Si por auentura acaescie-

túese el caso de la l. 58. D. *de manum. testam.*, esto es, cuando se trata de la libertad de un esclavo: lo mismo deberá decirse en la manda piadosa, segun lo anotado por Imol. y Bald. en la l. 3. §. 1. D. *de hæred. instit.* y así opina Ang. en el §. 12. Instit. *de leg.* ¿Qué dirémos si el testador vendió voluntariamente la cosa legada, pero no llegó á entregarla ó no recibió el precio? Bald. en d. l. 3. C. *de leg.*, fundado en el mismo testo y en la l. 2 . §. 3. D. *de instr. vel. instrum. leg.* dice que el mero contrato no estingue la manda: de la misma suerte opinan Ang. y Paul. de Castr. Lo contrario opinan la Glos. y Bart. en d. §. 3., y Salic., Alex. y Jas. en d. l. 3., apoyados en que, aun cuando la enagenacion no subsiste, queda revocada la manda, l. 24. §. 1. D. *de adim. leg.*, de consiguiente, con mayoría de razon quedará revocada en este caso; añád. Bald. en la rubr. C. *de verb. signif.* Sobre otras cuestiones relativas á la materia, véanse Bald. y Paul. en d. l. 3. Por lo que mira al caso que de la cosa legada se forma una nueva especie, véase la l. 6. D. *de aur. et arg. leg.*: y en cuanto á lo que se añade á dicha cosa, véase la l. 14. d. tít.

(96) ¿Será lo mismo si el testador espresare tener la cantidad en depósito? Así parece, atendida la l. 1. §. 7. vers. *nam et si quis* D. *de dot. præleg.*: empero Bart. allí de acuerdo con Oldrald. dice que en caso de duda se presumirá que el testador se ha referido únicamente á la cantidad, y no á cierto tiempo, á no ser que haya designado lugar, l. 88. §. 10. D. *de leg.* 2.; de consiguiente, se deberá por entero toda la cantidad designada, aunque nada se encontrare (segun opinaba el glos. Rog.); á no ser que, el heredero probase que el testador creia existir el depósito; pues que siendo en este caso obligatoria la causa del legado, es inherente al mismo, y por consiguiente lo vicia resultando falsa, Glos. en d. §. 10. Empero á la disposicion de esta l. y de la 108. §. 10. D. *de leg.* 1., parece oponerse la l. últ. princ. D. *de vin. trit. et ol. leg.*; contéstese con la Glos. y Bart. lug. cit. Si el testador dijere, *de las 10 libras que legué á Ticio, quiero que entregues 5 á Seyo*, ¿resultará de aquí la manda á favor de Ticio? Véase Bald. en la l. 1. D. *de fals. caus. adj. leg.*, col. últ.

(97) No dice en que tiempo; pero parece deberá entenderse de la época en que se otorga el testamento, l. 7. D. *de aur. et arg. leg.*: así que, si entónces existian 5., no se deberá mas que esa cantidad, aunque posteriormente hubiese esperimentado aumento. Empero, dice Paul. de Castr. en la l. 68. §. 10. D. *de leg.* 2., que si el testador creia que existian los 10 que legaba, y se encuentra que la cantidad recibió aumento, de modo que puedan pagarse los 10., se pagarán en efecto; mas no si el testador ya sabia que solo existian 5.; y añade aunque no sin vacilar, que la prueba incumbe aquí al heredero. Esta decision de Paul. parece razonable; además parece conforme con la opinion de Alber. en d. lug., el cual dice, que en el legado de que se trata, aunque las palabras sean concebidas de presente, deben referirse al tiempo de la muerte del testador; lo que entiendo yo bajo el supuesto de constar que el testador sabia no existir mas que 5.: viene en apoyo de esto nuestra ley de Part. cuando dice, *cuidando que eran diez maravedis.* Si al tiempo del testamento existia toda la suma, y luego el testador gastó algo de ella, mas la completó antes de su muerte, el legado se deberá por entero, segun Bart. y DD. en d. §. 10., y v. Bart. en d. l. 7. D. *de aur. et arg. leg.*, donde tambien trata de los vestidos legados á la muger, y de la manda de trigo que se consumió despues del testamento, pero se subrogó despues igual cantidad; véanse tambien Bart. y Paul. de Castr. en d. §. 10.

(98) Concuerda con las ll. 2. C. *de fals. caus. adj. leg.*, 25. D. *de liber. leg.* y 75. §. 1. D. *de leg.* 1.

(99) ¿Qué dirémos si por el contrario es el acreedor quien lega á su deudor? V. d. l. 25. junto con la Glos., las cit. ll. 2. y 75. §. 1. y la l. últ. pr. D. *de liber. leg.* y allí Bart.

re, que le non deuiesse (100) ninguna cosa, tenudo es el heredero del testador, de dar la quantia sobredicha, a aquel a quien la manda, porque se entiende, que gelo quiso dar. E si gelos deuiesse el testador, por tal manda como esta non seria el heredero tenudo de darle mas de aquello que le deuia por razon del debdo.

LEY 20. *Como no le empesce a la manda, falsa, o mentirosa razon, que sea puesta en ella.*

Falsa, o mintrosa razon diziendo el testador, quando fiziesse la manda, non le empesce, nin se embarga por ella. E esto seria, como si dixesse: Mando a fulano ome, que me fizo tal honra, o tal seruicio, tantos marauedis, o tal cosa. Ca maguer non fuesse verdad (101) que le ouiesse fecho aquella honra, nin aquel seruicio, non se embargaria la manda (102) por esta razon; ante es tenudo el heredero de la cumplir.

LEY 21. *De las condiciones, e razones, e maneras ciertas, que pueden ser puestas en las mandas.*

Condiciones, e razones, e maneras ciertas ponen los omes, quando fazen sus mandas: e las condiciones se fazen por esta palabra (c), si (103); como quando dize el que faze la manda: Mando a fulano tal cosa, si me fiziere tal cosa; o, si me fiziere tal seruicio, o, si me le ha fecho (104). E tal condicion como esta puede ser puesta en las mandas, tambien en el tiempo passado, como en el por venir (105).

(c) asi como Acad.

(100) Esto es, si el testador sabia que no era deudor de la cantidad; si lo ignorase, parece será nulo el legado por faltar la causa final del mismo, l. 1. C. *de fals. caus. adj. leg.*, l. 34. §. 3. D. *de leg.* 2. y Alex. de acuerdo con Pedr. en d. l. 65. §. 1. D. *de leg.* 1., quien aduce lo anotado por Bart. en la l. 17. §. 1. D. *de condit. et demonstr.*

(101) La razon está en que la causa es tal, que aun cuando fuese verdadera, no constituiria obligado al testador, l. 65. §. 2. D. *de condic. indeb.*: ahora, si la causa espresada fuese de tal naturaleza que siendo cierta debiera producir obligacion, por ej., *te lego 40 pesos que empleaste en la administracion de mis negocios;* entónces se presumirá causa final, l. 51. D. *de pact.*: en el primer caso poco importa el error del testador, atendiéndose únicamente á si hubiera dejado de hacer la manda, si no hubiese ignorado la verdad de los hechos, l. 72. §. 6. D. *de condit. et demonstr.*, Bart. en d. l. y en la l. 17. §. 1. D. tít. cit. y Ang. Aret. en el §. 31. Instit. *de legat.*, del cual esta l. de Part. se ha tomado. Empero en el 2°. caso, basta probar el error del testador, para que la manda quede sin efecto, l. 1. C. *de fals. caus. adj. leg.* y allí la Glos. ¿Qué dirémos si el testador se hallaba obligado, mas legó una cosa distinta de la que debia, por ej., *porqué desembolsaste 400 en la administracion de mis negocios, te lego tal predio ó mi biblioteca?* Juan Fabr. en el §. 30. Instit. *de legat.* dice, que en este caso la causa no parece final, mas si impulsiva, si el precio de lo que se lega, escede notablemente al valor de lo que creia deberse; pues que entónces parece que hubo intencion de donar, d. l. 65. §. 2.

(102) ¿Qué dirémos en materia de contratos? ¿El ser falsa la causa producirá la nulidad en ellos? V. Bald. en la l. últ. C. *de fals. caus. adj. leg.*, el cual distingue, y Bart. en d. l. 17. §. 1. D. *de condit. et demonstr.*

(103) Añád. l. 2. tít. 4. Part. 4., Bart. en la l. 1. D. *de condit. et demonstr.* y en la l. 16. D. *de solut.* y ll. 48. D. *de condict. indeb.* y 64. y 45. §. 3. D. *de verb. oblig.*: sin embargo, algunas veces la partícula *si*, mas bien que condicion, indica aviso ó prevencion, esto es, cuando se emplea para espresar algun requisito que está en el órden legal, por egemplo, si el papa manda por medio de un rescripto que se condene á Ticio á que pague cierta cantidad á Seyo, *si este prueba debérsele por el primero;* pues entónces valdrá la sentencia condenatoria, aunque semejante prueba no se haya verificado, Inoc. en el cap. *prudentiam, de offic. deleg.*; Bald. en la l. 22. C. *si contr. jus, vel util. public.* y Alex. cons. 2. vol. 2., al cual véase; añád. ll. 6. §. 1. D. *de tut.*, 48. D. *de verb. oblig.*, penúlt. C. *quand. dies leg. ced.* y 6. D. d. tít. Sobre las palabras y cláusulas que importan condicion, véase Bart. en d. l. 2.: sobre la partícula *ut* añád. Bald. en la l. 25. C. *de jur. dot.*; acerca la diccion *secundum*, el mismo Bald. en la l. penúlt. C. *de instit. et substit.*; sobre la partícula *ità*, el mismo D. en el Prelud. *de los feudos* col. 11.; y en punto á las partículas *si* y *cum*, Jas. en la l. 38. §. 16. D. *de verb. oblig.*

(104) Y en efecto, puede tambien la condicion concebirse respecto de un hecho pasado, l. 100. D. *de verb. oblig.*, v. l. 3. pr. D. *de adim. leg.* y allí Bart.

(105) Y aunque la condicion sea *de futuro*, bastará que se haya verificado al tiempo del testamento, ignorándolo el testador, l. 10. §. últ. y l. 11. D. *de condit. et demonstr.*, l. 45. §. últ. D. *de leg.* 2. y l. 5. pr. D. *de reb. dub.*: así es que, si el Papa nombra á alguno para primera vacante de

E si se cumple, o es cumplida, vale la manda sobre que es puesta e puede luego pedir la cosa mandada aquel a quien la mandaron; mas ante que se cumpla (106) la condicion, non la puede, nin deue demandar. Otrosi, los fazedores de los testamentos ponen razones en las mandas, quando las fazen. E a esta razon llaman en latin, causa (107). E esto es, como quando dize el testador: Mando a fulano cient marauedis, por seruicio que me fizo. E tal razon como esta cata siempre al tiempo passado. E la manda que es assi fecha dezimos, que maguer la razon que es puesta en ella non sea verdadera (108), vale, e puede luego demandar tal manda aquel a quien es fecha, e deue ser entregado della. E a las vegadas fazen las mandas de otra guisa, a que llaman en latin, modo, que quier tanto dezir, como manera (109). E esto es, como quando dize el testador: Mando a fulana muger mil marauedis, porque case con tal ome. E la manda que es fecha en esta manera, o en otra semejante della, vale; e deue ser luego entregado (110) della aquel a quien es fecha, dando recabdo (111), que se trabajara de cumplir lo que el testador le mando; e gana el señorio (112) de la cosa que le es assi mandada, luego que cumpliere lo que le manda fazer el tes-

cierta Iglesia, podrá ser admitido desde luego, si vacaba al tiempo del nombramiento, mayormente si el Papa lo ignorase, Cyn. en la l. 4. C. *quand. dies leg. ced.*, Ang. y los DD. modernos en la l. 25. §. 1. D. *de lib. et posth.* fundados en el mismo testo, y añád. Bald. en la l. últ. C. *de sentent. quæ sin. cert. quant. prof.*: de la misma suerte, la autorizacion real para fundar un mayorazgo, comprenderá el que estuviese ya creado, arg. l. 6. §. 6. vers. *qua ratione D. de inj. rupt.*, de donde Bald. colije que, quien permite hacer algo, parece autorizar lo hecho; á no ser que mediase alguna razon en contrario, segun Paul. de Castr. en d. §. 6. y en la cit. l. 10. §. 1., donde puede verse un caso que dice habérsele ofrecido.

(106) Concuerda con las ll. un. §. 7. C. *de caduc. toll.*, 213. D. *de verb. signif.*, 13. D. *quand. dies leg. ced.* y otras semejantes, 44. §. últ. D. *de condit. et demonstr.*, l. tít. 4. Part. 4., 26. tít. 5. y 14. tít. 11. Part. 5.

(107) Tenemos aquí que *razon* en nuestro idioma equivale á lo que en latin se llama *causa*. Bart. en la l. 17. §. 2. princ. D. *de condit. et demonstr.* dice que la *causa* es *quid præteritum, vel instans quo impellimur, ut aliquid disponamus*: Bald. en la rubr. C. *de instit. et substit.* nos la define en estos términos; *causa est adjectio, motivum finale vel impulsivum testatoris ostendens*. Nuestra l. se halla bastante conforme con estas definiciones.

(108) Véase la l. ant.

(109) Añád. l. 2. tít. 4. Part. 4.: el modo, segun Bald. en la l. 6. C. *de cond. inc.* col. 7., es, *adjacens determinatio, non dispositioni, sed executioni ejus*: en cuanto á distinguir el modo de la condicion, véanse Bald. en las ll. 5. C. *de sent.* y 22. C. *de donat.* y Bart. en la l. 12. D. *ut legat. nom. cav.* Cuando el modo es propiamente tal, no cambia de carácter, por mas que el testador use de las palabras, *con tal condicion*, ú otras semejantes, Bart. en la l. 40. §. últ. D. *de condit. et demonstr.*, col. 2., y v. Socin. cons. 21. vol. 3. col. penúlt. y últ., Alex. cons. 102, col. 2. y cons. 119. col. 1. vol. 1. y Oldrald. cons. 108. col. 2.

(110) Añád. l. 21. §. 3. D. *de an. leg.*, l. 40. §. últ. y l. 80. D. *de condit. et demonstr.* y la Glos. en la l. 1. C. *de his quæ sub mod.* Esceptúese el caso que el testador hubiese manifestado espresa ó tácitamente, que antes de entregarse la manda debia llenarse el objeto indicado, l. 41. §. 11. D. *de fideicom. libert.* y Bart. en d. l. 40. §. últ. col. 2.

(111) Añád. d. l. 40. §. últ., l. 80. D. *de cond. et demonstr.* y l. 19. D. *de leg.* 3. La caucion debe ser mediante fiadores, d. §. últ., y véanse allí los DD. ¿En todo caso deberá darse la caucion de que se trata? Véase Bart. en d. §. últ. col. 2. vers. *quæro*, donde indica los casos en que no es necesaria. Se prescindirá de ella, cuando el modo no sea la causa final, l. 71. D. *de cond. et demonstr.*; y no se considerará tal siempre que tenga por objeto la utilidad de un tercero, d. l. 71. princ. D. *de leg.* 1., y allí Bart. y l. 92. §. 1. D. d. tít.: véase Paul. de Castr. en la l. últ. D. *de condit. ob causam*, donde dice que el que afirma ser final la causa, debe probarlo.

(112) Por estas palabras, junto con las que se leen mas abajo, *luego que cumpliere*, se manifiesta que el legatario *sub modo* no adquirirá el dominio de la cosa legada, aunque haya prestado caucion, mientras no hubiere cumplido con lo que en forma de modo dispuso el testador: no tengo presente haber visto semejante disposicion en parte alguna, escepto por lo que mira al legado condicional, en las ll. 12. §. 5. D. *de usufr.*, 12. §. 2. D. *fam. ercisc.* y 1. §. 3. D. *ad Syllan.*: además, lo contrario parece deducirse de lo que dice Bart. en la l. 40. §. 5. D. *de condit. et demonstr.*, col. 4., tratando de las acciones que competerán al heredero que entregó la cosa al legatario, si este no dá cumplimiento al modo: hace al propósito la l. 1. C. *de donat. quæ sub mod.*, la que en el caso de que se ocupa concede la accion *rei vindicativa útil* y no la *condictio ob causam*; hace tambien al propósito la Glos. en la l. 1. C. *de his quæ sub modo* y en la rubr. *de condit. et demonstr.* Parece que esta ley deberá en-

tador. E esso mismo seria, quando se trabajare quanto pudiere (113), aquel a quien era fecha la manda, para cumplir lo que manda el testador, maguer non se cumpliesse. E cada vna destas tres maneras sobredichas, ha su manera cierta en latin, por que se pone. Ca la primera se faze con, si; la segunda con, quia (114); e la tercera con, ut.

LEY 22. *Como vale la manda, o non, si la condicion que es puesta en ella, non se cumple por ocasion, o por otra manera.*

Si la condicion que es puesta en la manda, fuesse en poder de la acabar de aquel a quien fue fecha, dezimos (115), que trabajandose el de la cumplir, quanto pudiesse, maguer non se cumpla por ocasion de auentura, e sin su culpa, estonce valdria la manda, tambien como si la condicion fuesse cumplida. E esto seria como si el testador mandasse alguna quantia cierta de marauedis a algund ome, si aforrase su sieruo. Ca si el sieruo se muriesse (116) de su muerte, ante que lo aforrasse, o de otra manera por alguna ocasion, non lo matando otri, vale la manda. E esto se entiende, quando el embargo de tal ocasion, como sobredicho es, auiene en la persona de aquel que deue cumplir la condicion, o en la persona de aquel en quien se deue cumplir. Mas si el embargo auiniesse por otra persona alguna de fuera, assi como si matasse algund ome al sieruo (117), ante que lo aforrasse su señor, estonce non valdria la manda, nin es el heredero tenudo de la cumplir. Pero si algund testador mandasse aforrar su sieruo, so tal condicion, que si.

tenderse de la adquisicion del dominio irrevocable, pues que no cumpliendo el legatario con el modo impuesto, quedará privado de la cosa legada, restituyendo los frutos percibidos, l. 21. §. 3. D. *de ann. leg.*: el dominio revocable se adquirirá una vez prestada la caucion, d. l. 40. §. últ., y l. 64. D. *de furt.* junto con sus semejantes.

(113) Añád. l. 73. D. *de condit. et demonstr.* y allí la Glos., l. 1. C. *de instit. et substit.*, l. 92. §. 1. D. *de leg.* 1. y l. 27. D. *de condit. et demonstr.*

(114) Háse tomado esto de Az. sum. C. *de fals. caus. adj. leg.*

(115) Hállase esta ley conforme con Az. en la sum. C. *de condit. incert.* col. 1. y 2. y con la Glos. en la l. 1. C. *de instit. et substit.*: véase la l. 14. tít. 4. de esta Part.

(116) ¿Si el legatario fallece, podrá ser cumplida por su heredero esta condicion de *manumitir el esclavo*, y por punto general el derecho de cumplir la condicion se trasmite á los herederos? Cuestion es esta difícil de resolver: trátala Bart. en las ll. 56. y 109. D. *de condit. et demonstr.* y en la l. 24. D. *quand. dies leg. ced.*, donde dice, que por lo que mira á las últimas voluntades, permaneció siempre en la duda. Inclínome á creer que en el caso de esta l., la facultad dicha no pasará al heredero, aunque el legatario hubiese preparado ya el cumplimiento, segun resulta de lo anotado por Salic. en la l. 6. C. *de condit. incert.* vers. 3. *quæro.* y Jas. en la l. 48. D. *de verb. oblig.* col. 3. vers. *in quant. Bart.*

(117) No dice la l. si la muerte del esclavo deberá ser anterior ó posterior á la del testador; ahora bien, hablando en general y sin distinguir, deberémos aplicarla á entrambos casos, á mas de que así opina la Glos. y con ella la mayoría de los DD. en la l. 23. §. 2. D. *ad leg. Aquil.*: en los mismos términos parece deberá entenderse la l. 14. tít. 4. de esta Part., donde puede verse lo que dije, y añád. Az. sum. C. *de condit. incert.*, col. 2.: nuestra l. declara el §. 2. de la cit. l. 23. Podria ser que se hubiese propuesto únicamente decidir el caso, que el esclavo hubiese sido muerto despues de haber fallecido el testador; atendido que ella está calcada sobre la sum. de Az. lug. cit., y que en esta se habla únicamente de dicho caso en los siguientes términos; *si impedior per alium, nihil conseguor, sed impediens tenetur secundùm qualitatem delicti, vel lege Aquiliâ, vel condictione furtiva, vel actione in factum, ut l. 23. §. 2. D. ad leg. Aquil. l. 3. de condict. furtiv.. l. 3. §. últ. de condict. caus. dat. et l. 40. 1.º resp. et l. 57. D. de condict. et demonst.: sed illo non existente solvendo, fortè æquum erit me admitti ad legatum, ut. l. últ. D. de eo per quem fact. er.*: por aquí se ve que Az. hablaba bajo el supuesto que el esclavo hubiese sido muerto despues de haber fallecido el testador; pues que de lo contrario, no corresponderia accion alguna al legatario, como lo dice claramente la cit. l. 23. §. 2. No puede desconocerse que la equidad exige que se tenga por cumplida la condicion siempre que no hubiese accion eficaz contra el matador, lo que se verifica en el caso de haber sido muerto el esclavo despues de fallecido el testador, y hallándose el matador insolvente; así como en el supuesto que el esclavo haya muerto en vida del testador, d. §. 2.: así opinan Imol. y Socin. en la l. 31. D. *de condit. et demonstr.* y allí contestan al cit. §. 2, diciendo que ese testo no dice que la condicion no debe tenerse por cumplida cuando el esclavo fuere muerto en vida del testador, y si solo se niega que competa accion para reclamar del matador el valor de la herencia; y se apoyan en la l. 32. D. *ad leg. Aquil.*, junto sus semejantes y en la l. 1. §. 4. D. *de font.* Sin embargo, medítese este punto, pues que nuestra l distingue bien claramente entre el caso que el esclavo muere de muerte natural, y el supuesto de morir de muer-

ziesse algund seruicio a otro ; si este atal se trabajasse quanto pudiesse, para cumplir aquel seruicio, e gelo embargasse otro alguno, valdria la manda, e seria forro (118) el sieruo, tambien como si ouiesse cumplida la condicion. E esto es, porque las leyes siempre ayudaron a la franqueza, e a la libertad de los omes. Otrosi dezimos (119), que quando algund testador fiziere manda so alguna condicion, que fuesse en poder de la cumplir de aquel a quien fue fecha, e de otro alguno, si acaesciesse que se non cumpliesse la condicion por culpa de aquel a quien fue fecha la manda, o por alguna ocasion que auiniere, que la embargasse de guisa que non se pudiesse cumplir ; que estonce non valdria la manda. E esto seria, como si el testador dixesse assi : Mando a fulano ome mill marauedis, si casare (120) con tal muger. Ca, si aquel a quien fue fecha la manda, non quisiere fazer el casamiento con aquella muger, o si muriesse alguno dellos en ante que casassen, dezimos que non valdria la manda. Mas si se embargasse por culpa de la muger, que non quisiesse casar con el, estonce valdria la manda, e seria tenudo el heredero de la cumplir. E esto ha lugar en todas las otras cosas, en que tal condicion como esta fuesse puesta, segun que aqui diximos.

LEY 23. *Cuando el fazedor del testamento manda algun sieruo, o otra cosa en general, cuya deue ser la escogencia.*

Generalmente mandando el fazedor del testamento vn sieruo a otro, non lo señalando, si el fazedor de la manda non auia mas de vno (121), el heredero deuele dar aquel sieruo (122), o otro tan bueno como el (123), aquel a quien es mandado : Mas si el testador ouiesse muchos sier-

te violenta, y esto por lo que mira á tenerse ó no por cumplida la condicion, y atendido que en el 2.º caso habla en general y sin distinguir: pero es en gran manera equitativa, como llevo dicho, la opinion de Imol. y Socin. — * Vease la edicion á la glos. 75. tít. 4. de esta Part.

(118) Añád. l. 94. D. *de condit. et demonstr.* y l. últ. C. *de condit. incert.* : esto es en gracia de la libertad, como en seguida se espresa.

(119) Concuerda con Az. lug. arriba cit., col. 2, vers. *in secundo casu.*

(120) Añád. l. 14. tít. 4. de esta Part. y lo que allí dije.

(121) Puede esta l. aducirse como argumento para probar que el que tiene autorizacion real para crear un mayorazgo á favor de uno de los hijos, podrá verificarlo, aunque no tenga mas que uno, y á favor del mismo ; hace al caso la l. 1. §. 5. D. *und. cogn.*, y mas aun la l. 8. §. 1. D. *de opt. leg.*, junto con la Glos., y Alex. alegando dicha l. en la l. 5. pr. D. *de leg.* 1.: no obsta la l. 9. D. *de asign. libert.*, ni la Glos. en el §. 1. Instit. d. tít., pues que, en el caso de los citados testos la asignacion no era necesaria ó mejor era superflua, no habiendo mas que un liberto ; mientras que en nuestro caso la disposicion del padre siempre es indispensable para los efectos de la vinculacion, aunque no tuviere mas que un hijo.

(122) Porque, no teniendo mas que un esclavo el testador, parece ser dicho esclavo el que quiso legar, l. 71. pr. D. *de leg.* 1., Bart. en la l. 3. D. *de vin. trit. vel ol. leg.* y arg. d. l. y l. 35 pr. y §. 2. C. *de donat.* . en la última dice Bald. que el que promete cierta cantidad de trigo, parece quererse obligar á pagarlo del que produzcan sus haciendas, si las tiene; y añade que la manda se entiende hecha de lo que el testador tiene en su casa ó en sus heredades ; añád. l. 38. §. 1. y l. 39. D. *de aur. et arg. leg.* y Bart. en la últ.

(123) Esto tal vez deberá entenderse, bajo el supuesto que el esclavo que tenia el testador no pudiera entregarse por haber fallecido, cuya circunstancia no invalidará el legado, atendido que el de que se trata es de género y este nunca perece, l. 11. C. *si cert. pet.* Empero óbstanos el que no habiendo mas que un esclavo, parece ser de especie el legado, arg. l. 1. D. *de lib. et posth.* y l. 24. D. *de fund. instr.* ; de ahí es que, si se lega un esclavo en general por el que tiene varios y todos perecen, se invalidará el legado; así lo afirma Raf. Cum. en las ll. 37. y 65. pr. D. *de leg.* 1., y síguele Alex. en d. l. 37. col. 3. Tal vez debería decirse que si el esclavo era muy conveniente para la herencia, por razon del arte ó ministerio que egercia, podrá el heredero entregar otro de iguales circunstancias: guarda relacion con esto lo anotado por Paul. de Castr. en d. l. 71. pr., donde pregunta, si en el supuesto de legar una casa el testador no teniendo mas que una, la que no es verosimil quisiera legar, pues que era indispensable para sus hijos, pregunta, digo, si el legado subsistirá respecto de dicha casa; y resuelve negativamente, si bien Alex. en d. l. parece impugnar esa distincion notable, fundado en que el legado vendria á ser ilusorio : empero ese inconveniente no tiene lugar en la manda de un esclavo, atendido que el esclavo se halla como determinado por la naturaleza, tanto considerado en sí como respecto de los servicios que suele prestar ; mientras que el género casa no tiene mas límites que los de la voluntad del hombre.

nos (124), estonce es en escogencia de aquel a quien fue fecha la manda (125), de tomar vno dellos, qual quisiere. Fueras ende, que non pue- de escoger el mejor (126), nin el que fuere despensero, o mayordomo del testador, porque es sabidor del fecho de la herencia. Mas si el testa-

(124) Empero, si teniendo el testador varios caballos, dijere, *lego á Ticio mi caballo?* V. Bald. en la l. 1. C. *de verb. signif. vers. sed quid si testator*, donde concluye que debe entenderse de aquel que habia destinado para su uso el testador, arg. l. 39. §. 1. D. *de aur. et arg. leg.*

(125) Concuerda con las ll. 37. y 108. §. 2. D. *de leg.* 1. y con el §. 22. Instit. *de legat.* y allí la Glos. Esceptúese el caso que el testador hubiese dirigido al heredero las palabras que se refieren á la egecucion del legado, diciendo, por ejemplo, *entregarás un esclavo á Ticio*, Bart. en d. l. 37., arg. l. 34. §. 14. D. *de leg.* 1. y l. 29. §. 1. D. *de leg.* 3.; adhieren allí á la opinion de Bart. Raf. Cum. y otros modernos, y Aut. é Imol. en el cap. *Indicante, de testam.* Empero, Pedr. y Cyn., con los que parece estar de acuerdo Alex. en d. l. 37, sostuvieron lo contrario. Otra escepcion debe admitirse, á saber, cuando el testador quiso legar determinado individuo, pero se ignora cual es; entónces tambien la eleccion toca al heredero, d. l. 37. §. 1. y l. 32. §. 1. D. *de leg.* 1.; y la razon está en que, mas bien que eleccion hay declaracion en semejante caso.

(126) Podrá pues elegir lo mediano, tambien lo peor, si quisiere, aunque se oponga el heredero, segun Imol., Paul. y Alex. en d. l. 37., si bien Ang. en ella sostiene lo contrario; empero con la opinion de Imol. está enteramente conforme nuestra l. de Part., cuando dice: *cual quisiere. Fueras ende, que non puede escoger el mejor.* Nótese pues que el que tiene la eleccion, no puede escoger lo mejor; cuya regla cesa cuando no hubiere mas que dos cosas entre las que elegir, l. 20. D. *de leg.* 1. y Bald. en la l. últ. §. 1. C. *comm. de legat.*, vers. *pone quod sunt in hæreditate.* Tampoco podrá elegir lo mejor el legatario, aunque el testador le hubiese concedido espresamente la eleccion, segun la Glos., Bart. y la generalidad de los DD. en la l. 2. D. *de opt. leg.*, y véanse tambien Bald. y los DD. en d. l. últ. §. 1. Sin embargo, como en este punto hubo divergencia de opiniones, podríamos decir al efecto de conciliarlas, que, si el testador que concedió la eleccion al legatario, tenia esclavos en su patrimonio, estará facultado dicho legatario para escoger el mejor; pero no, cuando ningun esclavo tuviese el testador: hacen esta distincion Imol. y Jas. en d. l. 37. y el último cita Aret. y otros modernos que opinan de la misma suerte. Empero Alex. en d. l. 2. D. *de opt. leg.* sin hacer mérito de la distincion de Imol., parece conformarse con la opinion de Bart. en la cit. l. 2. D. *de opt. leg.*; y á mi tambien me parece mas conforme á derecho el que no se permita al legatario escoger lo mejor, háyasele ó no dado la eleccion, pues que concediéndosela el testador, respecto de los esclavos ó caballos que posee, no hace mas que espresar lo que tácitamente viene comprendido por la ley, y de consiguiente no puede producir efecto alguno, l. 3. D. *de leg.* 1. y otras semejantes, y l. 3. C. *de fidejus.*; á esto se agrega que, aun cuando el testador hubiese concedido espresamente la eleccion al heredero, no podrá este escoger lo peor, sino que deberá dar lo mediano, l. 110. D. *de leg.* 1.; de lo que se sigue, que lo mismo deberá tener lugar, si se atribuye la eleccion al legatario. Sin embargo, atendida la autoridad de Imol. y de los DD. que siguen su parecer, es digno de ser meditado este punto. Adviértase que lo dicho tiene lugar, cuando se trata de esclavos, caballos y otras cosas semejantes: versando la manda sobre cosa inanimada, se entenderá en caso de duda haberse legado la de mas ínfimo precio, atendido que cualquiera que ella sea sirve siempre de alguna utilidad al legatario, l. 39. §. 6. D. *de leg.* 1., l. 75. D. *de leg.* 3., l. 9. D. *de reg. jur.* y la mayoría de los DD. en la cit. l. 37. §. 1. Sin embargo cuando la manda es piadosa, se interpreta de lo mejor del género ó de la clase la intencion del testador, l. 38. §. 2. D. *de aur. et arg. leg.* y Abb. en d. cap. *indicante*, col. últ. y allí tambien Barbas. n. 12. asegurando ser esta la opinion general. Empero Bald. nov. en el tratado *de dote* part. 6., priv. 73. duda de esta opinion y mas bien se inclina á lo contrario, movido por la cit. l. 38. §. 2., donde el Jurisc. despues de haberse hecho cargo de que los presentes que se hacian al templo eran ya de plata, ya de oro, decide que en el caso de que se trataba el donativo debia ser de plata: no hay duda que ese testo leido cual se encuentra en las ediciones comunes apoya fuertemente la opinion del cit. D., la que sigue Déc. en la l. 9. D. *de reg. jur.* interpretando al efecto el cap. *ex parte de sens.*: ahora, si leemos el mismo testo con las correcciones de Oloandr., (de cuya edicion lo transcribe Covar. en d. cap. *indicante*) apoyará directamente la opinion contraria, que, segun Barbas., es la general. Creo que en esta materia debe ser muy lato el arbitrio del juez, para que decida, atendida la calidad del testador y de la Iglesia á la cual lega. En efecto, si aquel era pobre y dejó varios hijos que necesitan de los cortos bienes paternos ¿no es justo que, por mas que el legado sea piadoso, se considere comprendido lo ménos y no lo mas? Viene en confirmacion de esto el cap. últ. 17, q. últ.; hace tambien al caso el dicho feliz de Bald. en la l.

dor non ouiesse sieruo ninguno, estonce en escogencia es del heredero (127), de le comprar vn sieruo, que sea comunalmente bueno (128), e dargelo: e lo que diximos del sieruo, deue ser guardado en las bestias (129), e en las otras cosas semejantes (130) que fuessen assi mandadas. Pero si el fazedor del testamento mandasse a otro vnas casas (131), e non las señalasse, deue el heredero darle vnas casas de las del testador qual quisiere (132): e si non ouiesse mas de unas casas (133),

1. C. *de verb. signif.*; donde suponiendo haberse legado un caballo enjaezado, caballo de que el testador se servia, ora con riquísimos arneses, ora con otros de uso comun, segun que se trataba de salir para un torneo ó para la guerra; dice que el caballo se entregará al legatario con los arneses ínfimos ó medianos; porque es de varon prudente guardar un medio, y que de otra parte las leyes son obra de los sabios, l. 31. D. *de aur. et arg. leg.*: sin embargo conviene en que podria hacer presumir otra cosa el ser de distinguida nobleza así el testador como el legatario, arg. l. 7. §. 1. D. *de donat.*, l. 33. D. *de leg.* 3. y l. 12. §. 4. D. *de us. et habit.* Lo propio sostiene espresamente el mismo Bald. en la l. 3. C. *de furt.*, al fin: dice allí, que si el testador lega un cáliz á la iglesia, sin espresar el precio ni la materia, deberá entregarse un cáliz correspondiente á lo que usa la Iglesia y á lo que permiten las facultades del testador; porque en las mandas piadosas indeterminadas, se presume siempre referirse el testador al arbitrio de buen varon, arg. l. 46. D. *de fideicom. libert.*; aduce tambien la cit. l. 48. §. 6.

(127) Añád. l. 84. §. 3. D. *de leg. 1.*, junto con lo anotado en ella, l. 38. §. 1. D. *de aur. et arg. leg.* y la Glos. en d. l. 37., la que sin embargo no alega las cit. ll., y v. Bart. en la l. 4. D. *de vin. trit. vel oleo leg.*: esceptúese el caso que el testador dirija al legatario las palabras relativas á la egecucion del legado, diciendo por egemplo, *Ticio tomará un esclavo ó un buey*; véase lo que dije en glos. 125.

(128) Deberá dar, pues, uno de los medianos y no lo peor; v. l. 110. D. *de leg. 1.*

(129) Como caballos, mulos, bueyes etc. Qué dirémos, si teniendo el testador diferentes caballos, espresó legar el suyo? Véase la glos. 126.

(130) Que se hallen circunscritas por la naturaleza, Bart. en la l. 71. D. *de leg. 1.*: lo contrario tendrémos, si se mandare bandeja, taza ú otra cosa inanimada, que no tenga mas límites que los que recibe de la industria del hombre, d. l. 37. al fin y la Glos. en el cap. *indicante*, *de testam.*, y nótese esto para la inteligencia de la l. 31. D. *de aur. et arg. leg.*: cuando el legado versa sobre cosas de esta clase, el heredero puede escoger lo mas ínfimo, Glos., la mayoría de los DD. y latamente Jas. en d. l. 37. Qué dirémos, si el testador legare una bandeja, y ninguna se encuentra en su patrimonio? Alber. en la l. 61. pr. D. *de leg. 1.*, dice ser nulo semejante legado, á no ser que el testador hubiese añadido alguna circunstancia, por la que pudiese determinarse la cosa legada: véase al cit. D. y lo que digo en la glos. sig.

(131) Lo que la l. dispone aquí respecto de las casas, es aplicable en los mismos términos á los predios rústicos; así opina la Glos. en la l. 71. D. *de leg. 1.*, de la que nuestra l. se ha tomado, y lo mismo deciden Jacob. de Aren., Pedr., Cyn., Bald., Raf., Imol., Paul. de Castr. y Alex. en d. lug., entendiendo de esta suerte la l. 69. §. 4. D. *de jur. dot.*, y refutando á la Glos.; si bien la opinion de esta en el cit. §. 4., la siguen Bart., Ang. é Imol. en la l. 115. D. *de verb. oblig.* 3. oppos. y Ang. en d. l. 71., es decir, quieren que haya diferencia en ese punto entre el legado de una casa y el de un predio rústico: nosotros hallamos mas acertada la primera opinion, porque es presumible que el testador pensó de uno de sus predios, y en el modo y forma con que solia servirse de él. Qué dirémos si se hubiese legado un vestido ú otra cosa semejante? Véase lo que dije en la glos. ant. al fin: empero, en contra de lo que allí espuse se halla la opinion de Paul. de Castr. en d. l. 61. pr., diciendo que seria duro declarar nulo semejante legado, y quiere, que cuando este versa sobre cosas de las que ninguna posee el testador, deberá cumplimentarse su disposicion atendiendo á la costumbre del lugar, l. 50. §. últ. D. *de leg. 1.* y l. 38. §. 1. D. *de aur. et arg. leg.*: empero, la opinion que manifesté en la cit. glos. es la general, y se halla apoyada por la Glos. en la l. 24. §. últ. D. *de leg. 1.*; limítese no obstante, en el caso de ser piadosa la manda, como dije en la glos. 126. alegando á Bald. en la l. 1. C. *de verb. signif.* Esta l. parece estar de acuerdo con la opinion de Paul. de Castr., atendido á que al fin espresa, que lo dispuesto acerca de las casas tiene tambien lugar en los demás edificios; y que no lo estiende al legado general de cosas muebles, cuyos límites dependen de la voluntad del hombre. No puede negarse que es bastante dura la opinion general, que equipara en este punto el legado de cosas muebles al de inmuebles.

(132) Concuerda con d. l. 71. pr. D. *de leg. 1.*: sin embargo, si el testador tenia dos casas, la una en el lugar de su domicilio, y la otra fuera de él, se entenderá haber legado la primera, segun Bald. en d. l. 71. pr., arg. l. 39. §. 1. D. *de condit. et demonstr.*: síguele allí Alex.

(133) Nótese esta disposicion, la que parece

aquellas mismas deue entregar, a aquel a quien fuessen assi mandadas. E si por auentura, el fazedor del testamento non ouiesse casas ningunas, estonce el heredero non es tenudo de comprar otras; ante dezimos, que non vale tal manda (134), ca semeja, que lo fizo por escarnio, mas que por otra cosa: e lo que diximos de las casas, ha lugar en todos los otros edificios (135), que fuessen assi generalmente mandados a otri.

LEY 24. *En que manera deue ser dado el gouierno a aquellos a quien es mandado en el testamento.*

Gouiernos mandan dar los fazedores de los testamentos a otros, que non dizen quanto, nin en que manera los deuen dar los herederos: en tal caso como este dezimos (136), que si el testador, que mando gouiernos a otro, era vsado en su vida (137) de dar cierta quantia de pan, o de de dinero por gouierno, a aquel a quien fizo la manda, tenudo es el heredero de darle otro tanto. E si por auentura non daua como cosa cierta, estonce deuele dar, segun quel ome fuere (139) aquel a quien fuesse fecha la manda del gouierno, e segun fueren los bienes (139) que heredo del testador.

bastante razonable, arg. l. 2. D. *de lib. et posth.* y l. 24. D. *de instr. vel instrum. leg.*: esta misma disposicion es contraria á lo que decide Paul. de Castr. en d. l. 71. pr. (de lo que hice mérito en la glos. 126), á saber, que es nulo el legado de una casa, si el testador no dejó mas que una y los hijos la necesitaran; decision, que es impugnada con razon por Alex. en d. l. 71. y en la cit. l. 37.: así pues en este caso procurarán adquirir ó alquilar otra casa, á no ser que mediasen congeturas que hiciesen presumir que el testador no hubiera legado la casa, sabiendo que sus hijos habian de necesitarla. Lo que llevamos dicho guarda analogia con la cuestion siguiente: el testador, teniendo dos hijos creó un mayorazgo de ciertos bienes á favor del primogénito; hizo despues construir una magnífica casa, que decia destinarla para el mayorazgo; mas, en su testamento legó al hijo segundo una casa, sin decir cual: en este caso, si constare que la intencion del padre fué adjudicar la casa al mayorazgo, el legado será nulo, á tenor de la cit. l. 71. pr.; de lo contrario, el legado subsistirá debiéndose entregar la casa al hijo segundo, en virtud de esta l. Adviértase tambien, que si el testador amayorazgó la casa que habitaba, vendrán comprendidos en la disposicion los edificios que fueren accesorios, ó como apéndices de aquella, Bart. en la l. 91. §. 5. D. *de leg. 3.*, junto con el mismo testo, donde se habla tambien del huerto; v. Alex. cons. 26. vol. 4., Juan Cirier. *tract. primogeniturœ*, libr. 2. *quœt.* 4. y Tiraquell. *tract de Nobilitate et jure primogeniorum* quest. 73.

(134) Esceptúese el caso que el testador atribuyera al legatario la facultad de elegir la casa que quisiere: vale entónces el legado, aunque el testador no hubiese dejado casa alguna en su patrimonio, arg. l. 38. §. 1. al fin D. *de aur. et arg. leg.*, y así opina Alber. siguiendo á Nicol. de Neap. en d. l. 71. pr. Esceptúese tambien el legado de habitacion, segun Paul. de Castr. en d. l. 71.; aunque el testador no tuviese casas, dice, deberá proporcionarse al legatario la habitacion correspondiente á la calidad del mismo, arg. l. 13. C. *de usufr.*: ensalza mucho esta decision Alex; no ocultando que varios opinaban lo contrario.

(135) Nótese esto y añádase la Glos. en d. l. 24. §. últ., la que pone el egemplo de una nave.

(136) Háse tomado esta l. de las ll. 14. D. *de an. leg.* y 22. pr. D. *de alim. et cib. leg.*

(137) Si el testador suministró al legatario ora mas, ora menos, se atenderá á lo que hizo en el último año de su vida, l. 14. §. 1. D. *de alim. et cib. leg.* Comprenderá tambien este legado lo que por circunstancias estraordinarias solia entregar el testador al legatario? V. l. 10. §. 1. D. *de an. leg.* y los notables dictámenes que emite Oldr. fundado en d. l., cons. 129. y 216.

(138) En efecto, varia este legado, segun sean la edad, l. 10. §. últ. D. *de alim. et cib. leg.* y la calidad de las personas, d. l. 14. y Juan de Plat. en la l. 9. C. *de jur. fisc.*

(139) Añád. l. 22. D. *de alim. et cib. leg.*; y limítese esto en el caso de la l. 10. §. últ. D. d. tít. Las ll. que dicen deberse fijar los alimentos, atendiendo al valor del patrimonio (por ej., la l. 3. D. *ub. pup. educ. deb.*); deben entenderse del valor de los réditos, l. 50. D. *de Trebell.* y allí Bart. y d. l. 8. pr.: así pues, si los frutos no bastan para los alimentos, el heredero no podrá ser precisado á que venda un inmueble, l. 9. al fin C. *de jur. fisc.*, ley singular en la materia, segun Juan de Plat. allí, y Bald. y Ang. en los lug. cit. por Alex. en d. l. 50. 4. notab.: sin embargo, esceptúese con Juan de Imol. en d. l. 50. el caso que debe percibir los alimentos el dueño futuro de los bienes, arg. l. 1. §. 19. D. *de ventr. in poss. mitt.*, y Alex. lug. cit.; de lo que puede argüirse, que apesar de la prohibicion de enagenar podrán venderse las cosas de mayorazgo, para alimentar al sucesor inmediato; viene en apoyo de esto la auth. *res quœ*, C. *comm. de leg.*, y allí Bart. impugnando á la Glos. Tambien al efecto de alimentar los esclavos hereditarios, podrá

LEY 25. *Como aquel a quien es mandada escogencia de alguna cosa* (d) *non se puede arrepentir, despues que la ouiere escogido.*

Escogencia otorgan los testadores a las vegadas a algund ome, que escoja de dos cosas, quel manda, la vna, qual quisiere. E quando la manda es fecha en esta manera, dezimos, que si escogiere una vez para si alguna cosa de aquellas que el testador le ouiere mandado, que non se puede despues arrepentir (140), maguer quiera dexar aquella que escogio, e tomar otra. Mas si la escogencia de la cosa que mandasse a otri el fazedor del testamento, fuesse puesta en aluedrio, o en mano de otro, si este atal a quien fuesse otorgado poder de la escoger, non la escogiere fasta vn año, non podiendo, o non queriendo, del año en adelante (141) la puede escoger aquel

(*d*) de las del testador, non se puede Acad.

echarse mano de las cosas de la herencia, si no bastan los frutos, l. 5. D. *de petit. hæred.* y allí Ang. Limítese además el principio en el caso de la auth. *contrà cum rogatus*, C. *ad Trebell.*, donde así opina Ang.

(140) Concuerda con las ll. 5. pr. D. *de leg. 1.* y 20. D. *de opt. leg.*: tenemos pues, que una vez hecha la eleccion, no podrá reiterarse; lo que procede sin dificultad en las últimas voluntades, pues que no deben quedar en suspenso; mas no en los contratos, ll. 112. y 138. §. últ. D. *de verb. oblig.* Entiéndase esta l. de Part. bajo el supuesto de ser válida la eleccion; pues que siendo nula, nada impide reiterar el acto, l. 2. D. *de opt. leg.*: los requisitos para la validez de aquella se hallan indicados por la Glos., Bart. y DD. en d. l. 5. pr. Podrá variar de eleccion aquel á quien compete para un beneficio, en virtud de rescripto ó letras apostólicas? La Glos. en el cap. *gratia*, *de rescript.*, lib. 6. y allí Juan Andr. en la *Novella* están por la negativa. Acerca la cuestion general puesta al principio, véase el cap. *publicato*, *de elect.* y Alex. en d. l. 5. pr. col. últ., donde puede verse tambien, lo tocante á la declaracion judicial. Por lo que mira á si la disposicion del cit. cap. *publicato* es aplicable á los demás oficios que se defieren por eleccion, véase Abb. en el cap. penúlt. *de postul. prælat.* y en el cap. *cum int. canon. de elect.*, col. últ.; y en cuanto á los compromisarios para elegir, véase al mismo Abb. en el cap. *causam quæ*, *de elect.* Hecha la postulacion al superior, podrá retrocederse? Véase el cap. *bonæ*, el 2. *de postul. prælat.* y allí Abb., y Bald. en la l. 2. C. *de servit.* col. 6. El que recibió en enfiteusis un predio para si y para uno de sus hijos nombrándolo, podrá despues designar á otro, para que le suceda en la finca enfitéutica? V. Bald. en la l. 1. C. *per quas pers. nob. acquir.*, col. últ. Por una razon análoga á la que sirve de fundamento al principio que llevamos sentado, tendrémos que si alguno se decide por la egecucion del contrato, no podrá despues instar la rescision, l. 4. C *de pact. int. empt. et vend.*, y allí Bald. y l. 38. tít. 5. Part. 5. Sobre los casos en que puede variarse la eleccion respecto de las cosas debidas alternativamente, véanse las ll. 106., 112. y 138. §. 1. D. *de verb. oblig.* y en la últ. Bart. Por lo que mira á si podrá desaprobarse ó desecharse lo que una vez se habia aprobado, véanse Bart. en la l. 12. §. 2. D. *rem rat. haber.*; l. 9. D. *de servit.* y allí Paul. de Castr., l. 21. tít. 9. Part. 7. y l. últ. tít. 2. lib. 6. del Ordenam. Real. En cuanto á si es ó no permitido variar la demanda, véase Bald. en la l. últ. C. *de codicil.*, col. 3. Adviértase tambien que el acreedor no puede variar el lugar del juicio, una vez puesta la demanda, aunque el deudor se haya obligado á responderle ante cualquier Tribunal, v. Bald. en la l. últ. §. 1. C. *comm. de legat.* El que no quiso recibir lo que se le ofrecia, podrá despues demandarlo? V. Bald. en la l. 6. C. *de condict. incer.* col. últ. El ejecutor testamentario que renunció el cargo, puede, segun Bald. en la l. 6. C. *de fideicom. libert.*, reasumir dicho cargo con el asentimiento del obispo. Nótese que los casos en que se permite repetir la eleccion, ó cambiar de propósito, no puede hacerse mas de una vez, Bald. en la auth. *habita*, C. *ne fil. pro patr.* col. 5., Alex. en la l. 8. §. últ. D. *de leg. 1.* y Roch. en el tratado de *Jure Patronatus*, chart. 7. col. 4. Jamás se permitirá repetir la eleccion, si un tercero hubiese adquirido derecho á consecuencia de la primera, v. Abb. en d. cap. *bonæ*.

(141) Añád. l. últ. §. 1. C. *comm. de leg.* De aquí puede argüirse que si la muger hubiese dado poder al marido, para nombrar uno de los hijos como sucesor al mayorazgo que ella habia creado, ó para mejorarle; puede inferirse, digo, que si el marido no verifica la eleccion dentro del año, habrá caducado su poder: empero, tengo por mas cierto lo contrario, atendido que la facultad de elegir, cuando versa sobre personas, dura mientras no se haya contestado el pleito sobre la misma eleccion, segun Bart. en d. l. últ. §. 1., arg. l. 24. D. *de leg. 2.*, y así tambien opina Juan de Imol. en d. l.: á esto se opone á primera vista Bald. en d. l. últ. §. 1. col. 4., vers. *quæro testator*, pero en el fondo se halla conforme con los cit. DD.; en efecto, suponiendo que la muger hubiese hecho cierta manda á favor de uno de la familia, á eleccion del marido, decide, que este no podrá verificar la eleccion, pasado el año, á tenor de la l. 24.

a quien fue mandada la cosa (142).

LEY 26. *Quando es manda escogencia de alguna cosa del testador a dos omes, si se desauenieren, que es lo que deue fazer el Juez en esta razon.*

Si a dos omes (143) fiziere el testador manda de una de sus cosas, poniendola a escogencia dellos, que puedan tomar la que mas quisiessen; como si dixesse, que les mandaua vno de sus sieruos, o vno de sus cauallos, o otra cosa semejante, qual ellos quisieren escoger; si acaesciere, que auenga desauenencia entre ellos, de manera que el vno non se pagasse de lo quel otro escogesse, estonce puedeles mandar el Judgador echar suertes, e aquel a quien cayere la suerte (144), deuela escoger, e auer. Pero tenudo es de dar al otro la estimacion de la su parte, que auia en aquella cosa; e esta estimacion deue ser fecha por aluedrio de dos omes buenos. E esso mismo seria, si tal cosa como sobredicha es, fuesse

D. *de leg.* 2., cuya ley, añade, no debe estenderse al caso que la manda fuese piadosa, por ej., á favor del monasterio que el marido eligiere, pues que pasado el año, la facultad de elegir se devolverá al obispo, como legitimo egecutor en las causas piadosas; ahora, prosigue, en los demás legados no encontramos este legítimo egecutor, l. 28. C. *de episcop. et cleric.*; estos son los términos en que se espresa Bald.: ahora bien, no existiendo egecutor legítimo respecto de las demás mandas, es consiguiente que deberá seguir autorizada para la eleccion la misma persona á quien se hubiese conferido: además aun en el caso de ser la manda piadosa, sigue la facultad de elegir despues del año, mientras no se hubiese contestado el pleito, segun Bart. en d. l. 24. y otros que cita Jas. en d. l. últ. §. 1. Empero Ang. allí sigue en este punto la opinion de Bald., y dice ser la general y la que se observa en la práctica: véase Bald. en d. col. 4. vers. *pone quod infra annum.* Sea lo que fuere de esto, por lo que mira á las mandas piadosas (respecto de las cuales la opinion de Ang. y Bald. no carece de fundamento, atendido que hallándose prefijado un término para la egecucion, parece por consecuencia haberse marcado para la eleccion, sin la cual aquella no puede tener lugar, de lo que resulta cesar el motivo de la citada l. 24), en la cuestion primera no puede haber lugar á dudar que el transcurso del año no escluye la facultad de elegir; y así opinaba Bald. en la l. 11. C. *de testam. milit.* col. últ. No se crea que obste la l. 33. de Tor., porque el término que ella prefija no comprende el caso de que se trata; al contrario, quiere en este caso la l. que el comisario esté siempre obligado á verificar la declaracion para la que se le dió el poder; y si puede suplirse por derecho, la ley la tiene por hecha, pasado aquel término: ahora, no habiendo medio de suplirla, deberá verificarla el comisario, segun el espíritu de d. l., aun cuando hayan transcurrido los plazos que la misma señala. Por lo que mira á esta l. de Part., y otras semejantes, puede contestarse que se refieren á la eleccion de cosas, mas no á la de personas. Qué dirémos si la muger dió poder al marido para crear un mayorazgo? ¿Podrá el marido llamar á uno de los hijos que están bajo su poder y adquirir de esta suerte el usufruto? Parece que nó, segun lo que dice Bald. en la l. 28. §. 1. D. *de excus. tut.*; pero deberemos esceptuar dos casos; 1°., si todos los hijos estuviesen bajo la patria potestad; 2°., si se eligiere el primogénito, pues que ese nombramiento tiene á favor suyo la costumbre y la presunta voluntad de la madre.

(142) En el supuesto que la eleccion debiese recaer sobre determinado número de objetos; de lo contrario, esto es, no teniendo mas límites que el género, no corresponderá al legatario, y si penderá del arbitrio de buen varon, l. 1. D. *de leg.* 2. Tenemos aquí, y en la cit. l. últ. §. 1., donde lo advierte Ang., que la eleccion respecto de cosas ó personas, conferida á un tercero, no hace captatoria la disposicion. Añád. d. l. 24. D. *de leg.* 2., l. 77. §§. 4. y 10. D. d. tít., l. 67. pr. y §. 1. D. d. tít. y allí Bart., l. *cum quidam* §. *utrum* D. *de verb. oblig.*, testo escelente para el objeto, l. 57. §. últ. D. *ad Trebell.* y l. 17. §. 4. d. tít. y l. 23. §. últ. D. *de fideicom. libert.* Adviértase que lo dispuesto en esta l. no tendrá lugar, si la eleccion se confiere á manera de condicion, por ej., *si Ticio eligiere*, d. l. 1. D. *de leg.* 2., l. 44. §. últ. D. *de condit. et demonstr.* y l. 46. D. *de verb. oblig.*; esto es, si la condicion afecta la totalidad de la disposicion, porque si se refiere á una parte tan solo, esta únicamente quedará viciada por la falta de cumplimiento, l. 3. D. *locati*, y Alber. en d. l. últ. §. 1.

(143) En una misma cláusula, ó separadamente; tambien cuando el uno debiese tener la cosa y el otro la estimacion, l. 33. D. *de leg.* 1., y no pudiesen convenirse, queriendo todos, ó la cosa, ó la estimacion, decidirá la suerte, Jas. en la l. últ. pr. C. *comm. de leg.*

(144) Añád. d. l. últ. pr. C. *com. de leg.* y allí Bald. y Paul. de Castr. en la l. 13. D. *de jud.*: *contradictiones comprimit sors*, *et inter potentes quoque dijudicat*, dice el vers. 18. cap. 18. de los proverb. Véase sobre esta materia Juan Cirier. en su tratado del *derechó de Primogenitura*, lib. 1. cuest. 9., donde trata de si debe ó no recur-

mandada a vno, poniendola en su escogencia. Ca, si acaesciere que este atal muera ante que escoja, finca a sus herederos (145) la escogencia della. E si se desacordaren los herederos en escogerla, deuen echar suertes, e fazer assi como sobredicho es.

LEY 27. *Como la manda, que es fecha, de minera de metales, o de pedrera, non passa en los herederos de aquellos a quien la fazen.*

Minera de metales, o pedrera, auiendo algund testador en alguna su heredad, si fiziesse manda en su testamento a algund ome, que tajasse piedra (146) en aquella pedrera, o que cauasse alguno de los metales, para aprouecharse dello, valdria tal manda, quanto en la vida de aquel (147) a quien fuesse fecha. Mas despues que el fuesse muerto, non valdria la manda, nin auria poder de sacar ende ninguna cosa el heredero de aquel a quien la ouiesse fecha. Fueras ende si el testador dixesse señaladamente, quando fiziesse la manda sobredicha, que la fazia tambien a el como a sus herederos (148).

LEY 28. *Por que palabras pueden ser dexadas las mandas, a que dizen en latin, de legatis tertio.*

De legatis tertio en latin, tanto quiere dezir (149) en romance, como vna razon que es escrita en el

rirse á la suerte, cuando nacieren dos mellizos.

(145) De aquí resulta que el legado de opcion no es condicional, §. 23. Instit. *de legat.*: en efecto, si tuviese ese carácter, no se trasmitiria á los herederos, l. un. §. 7. C. *de caduc. toll.*

(146) Añád. l. 39. §. 4. D. *de leg.* 1. De aquí resulta, que la concesion de un hecho indeterminado en la calidad y en cuanto al tiempo, se reputa personal, si emana de un particular: ahora, si el hecho es determinado, por ej., si el testador concediere la facultad de cortar cierta cantidad de leña, se trasmitirá esta facultad á los herederos, segun Cyn., Alber. y otros y en particular Alex. en d. §. 4.: empero esceptúa Alex. el caso de ser ánnuo el legado, entónces, dice, no tiene lugar la trasmision, l. 4. D. *de ann. leg.*, y en estos términos, añade, podrá limitarse la doctrina de Bart. en la l. 133. D. *de verb. oblig.* y de los DD. en la l. 13. C. *de contr. et com. stipul.*, donde dice que la estipulacion que tiene por obgeto un hecho afirmativo, pasa á los herederos, en virtud de la cit. l., lo que, segun Alex., tendrá lugar, cuando el hecho es determinado y cierto, pero no, siendo indeterminado. ¿Qué dirémos, si el legado de que se trata, se hiciere al comun de una ciudad, ó villa? Parece que entónces será perpétuo, arg. l. 10. C. *de vect.*; y allí advierte Bald., que por punto general los privilegios concedidos á las ciudades, se consideran perpétuos, y viene en apoyo de esto la l. 4. §. 3. D. *de cens.*: el pueblo es siempre el mismo, es decir, se perpetúa por via de subrogacion, l. 76. D. *de jud.* y l. 7. §. 2. D. *quod. cuj. univ. nom.*: por igualdad de razon se considerará perpétuo el privilegio concedido á la Iglesia, pues que la Iglesia nunca muere, cap. *liberti*, 12. q. 2.

(147) Podrá el legatario ceder la cantera, una ó muchas veces, durante su vida? Así parece deducirse de esta l., y de esta suerte opina Paul. de Castr. y con él Jas. en d. l. 39. §. 4. D. *de leg.* 1.

(148) Tendrémos, pues, que la palabra *herederos* manifestará ser real la concesion y no personal: ocúpase de esta materia Alex. en d. §. 4. En caso de duda, mas bien debe presumirse real que personal el pacto, segun Alber. en la l. 7. §. 8. D. *de pact.*, col. 2. y últ., Bart. en la l. 6. D. *de serv. leg.* y Juan Fabr. en el §. 2. Instit. *de act.*, vers. *quid si per pactum:* acerca de los privilegios reales, véanse el cit. Juan Fabr. en d. lug. y Bald. é Imol. en el cit. §. 4. Si el testador hubiese dicho, *concedo á Ticio y á su heredero la facultad de sacar piedra de mi cantera*, ¿terminará la concesion á la muerte del primer heredero? Din. opinaba por la afirmativa, fundado en la l. 14. C. *de usufr.*; empero Alber. en d. §. 4. sostuvo lo contrario, contestando á la cit. l. 14. que allí se trataba del caso que siguiendo indefinidamente la facultad concedida, resultaria inútil la propiedad, por absorver aquella todas las utilidades de la cosa, y de consiguiente debia observarse la misma regla que respecto el usufruto; ahora, añade, faltando dicha circunstancia, la autorizacion concedida se transmitirá indefinidamente de heredero en heredero. Adviértase tambien, que si la facultad de cortar piedra se concedió, por consideracion á un predio vecino perteneciente al legatario, se transmitirá á los herederos con dicho predio, aunque de ellos no hubiese hecho mencion el testador, l. 6. pr. y §. 1. D. *de serv. rustic. præ.* y Din., Alber. y Ang. en d. §. 4.: entiéndase, que la concesion debe ser espresamente hecha para tal predio; entónces será á manera de servidumbre predial, segun Paul. de Castr. en la l. penúlt. D. d. tít. y Jas. en el cit. §. 4.

(149) Concuerda con la Glos. en la rubr. D. *de leg.* 3., ó mejor, con Odofr.: dice este D., segun refiere Alber. en la rubr. *de leg.* 1., que en ese tít. se trata de las personas que pueden legar y de aquellas á quienes se lega; en el *de leg.* 2., de las cosas que pueden, ó no, legarse; y en el *de leg.* 3., de las personas y de las cosas juntamen-

derecho, que muestra, por que palabras pueden ser dexadas las mandas. E dezimos, que por todas palabras que ayan entendimiento (150), que sean guisadas, e conuenibles, para espaladinar las cosas que el facedor del testamento quiere mandar a otri, pueden ser otorgadas, e puestas las mandas en los testamentos, o en el codicilo que alguno fiziere, ca si de otra guisa las dixesse, non valdria la manda: e esto seria, como si el testador ouiesse voluntad de mandar oro alguno, e dixesse, que le mandaua olaton, creyendo quel oro auia tal nome; ca estonce non valdria tal manda, maguer aquel a quien fuesse fecha, quisiesse prouar, que su intencion del testador era de mandarle oro, e non laton. E esso mismo dezimos que seria, en todas las otras cosas que han nomes generales, en que acuerdan los omes comunalmente en cada tierra en nombrarlas; assi como plata, o vino, o pan, o paños, o vestiduras, e todas las otras cosas semejantes destas. Ca en cualquier destas cosas sobredichas, si el testador errasse el nome de la cosa que mandasse, diziendo otro nome, e non el suyo, cuydando (151) que aquel que el le dezia era su nome, non valdria la manda. Pero en las cosas que han nomes señalados, assi como son los omes, non seria assi. Ca maguer el testador errasse en e nome de algun ome (152), diziendo otro nome, e non el suyo, cuydando que aquel era su nome que el le dezia, valdria la manda, e non se embargaria por tal yerro, si fuere prouado, que su entencion era del testador, que aquella persona que nombro, ouiesse la manda. Otrosi dezimos (153), que quando los fazedores de los testamentos vsan tales palabras en las mandas, diziendo: Mando, e quiero, que fulano aya tal cosa; o, Plazeme; o, Tengo por bien, que la aya; o dize al heredero: Creo que tu daras tal cosa a fulano; o, Dexolo en la tu fe, que lo cumplas; o dize el testador: Quiero que el mio heredero faga tal cosa. Ca vsando el testador qualquier de estas palabras sobredichas, quando fiziesse la manda, o otras semejantes della, por que pueda ser entendida la entencion (154), o la voluntad del, valdria la manda que assi fuesse fecha.

LEY 29. *Como vale la manda, o non, que es puesta en aluedrio del heredero.*

Usando el testador a dezir tales palabras, quando fiziesse la manda: Dexo a fulano tal cosa, si entendiere mi heredero (155), que es derecho

te, y de la significacion de las palabras con que se lega. Sigue esta l. á Az. en la sum. C. *de leg.* col. 6., vers. *relinqui potest.*

(150) Si las palabras son tan oscuras, que no puedan recibir con fundamento interpretacion alguna, la disposicion será inútil, l. 73. §. penúlt. D. *de Reg. Jur.*, Bald. en la l. 7. C. *de fideicom.*, col. 1. y v. l. 2. D. *de his quæ pro non script. hab.*

(151) Concuerda con la l. 4. pr. D. *de leg.* 1. Ang. en d. l. admite la validez del legado en cuatro casos: 1°., si la cosa acerca de cuyo nombre apelativo yerra el testador, estaba á la vista y el mismo testador la señaló, por ej., si hubiese dicho, *te lego este caballo*, siendo un buey lo que designaba, Glos. en la l. 65. D. *de verb. oblig.*, la que es única en la materia: 2°., cuando hubiere mucha conformidad entre los nombres, arg. l. 52. D. *de leg.* 3.: 3°., si la palabra que usó el testador puede sostenerse en el sentido que la empleó, atendido el uso del lugar, l. 7. §. 1. vers. *neque mirum.* D. *de suppell. leg.*, y en apoyo de esto viene nuestra l. cuando dice, *comunalmente en cada tierra*: 4°., si el testador hubiese manifestado antes de la otorgacion del testamento el sentido en que debia tomarse la palabra que ha usado impropiamente, glos. en d. l. 4. Adviértase que el error en el nombre apelativo anula el legado, cuando el que ha usado el testador y el correspondiente á lo que quería legar, significan cosas enteramente diversas, como caballo, mulo, buey etc.; pero no, si no hubiese entre ellos mas diferencia que la de mas á menos; así, pues, si queriendo legar 200. el testador, hubiese dicho, 100, la manda valdrá en los 200, si se probare el error, glos. en la l. 15. D. *de leg.* 1. y allí Imol., Bald. y Paul. de Castr., y pruébalo la l. 9. §. 1. D. *de hæred. instit.*: nótense esta l. y la cit. l. 4., como limitacion de la l. 69. D. *de leg.* 3. y de lo anotado por la Glos. en la l. 7. C. *de fideicom.*

(152) Añád. l. 4. D. *de leg.* 1., l. 4. C. *de testam.* y el §. 29. Instit. *de leg.*: limítese esto con Alex. en d. l. 4. C. pr. col. 1.: acerca del error en los confines, ó linderos de un inmueble, véanse allí Imol. y Alex.: véanse además sobre esta materia la l. penúlt. D. *de reb. dub.* y allí Bart. y la l. 9. de este tít. junto con lo que en ella dije.

(153) Concuerda con la l. 2. C. *comm. de leg.*

(154) La voluntad tácita deducida de conjeturas, tiene igual valor que la espresa; añad. l. 64. D. *de leg.* 2., l. 33. D. *de aur. et arg. leg.* y Curs. el mayor cons. 51. col. 1. y 2.

(155) Concuerda con la l. 75. pr. D. *de leg.* 1. y con la Glos. en la l. 43. D. d. tít.: añád. Az. en la Sum. C. d. tít. col. antepenúlt. vers. *item legari potest, si existimaverit*, de donde esta l. se ha tomado, y véase tambien la l. 11. §. 5. D. *de leg.* 3. Tenemos aquí que las cláusulas, *si creyeres jus-*

que la aya; o si dixesse: Dexolo en aluedrio (156) de mi heredero, que si el entendiere, que sera bien que aya fulano tal cosa que le mando que gela de. Ca en qualquier destas maneras, vale la manda que assi fuesse dexada. Fueras ende, si el heredero demuestra alguna derecha razon (157) por que non la quisiere dar nin otorgar. Mas si dixesse el testador: Mando a fulano tal cosa, si mi heredero quisiere (158), o touiere por bien (159), que la aya, estonce en voluntad es (e) el heredero

(e) del heredero Acad.

to, si así lo juzgares, equivalen al arbitrio de buen varon: acerca de las mismas y de otras que tienen igual valor, véanse las cit. ll. 75. y 11. §§. 5. y 7. y l. 46. pr. D. *de fideicom. libert.*; acerca de otras, véanse Bart. en dd. ll. y varios DD., y en particular Alex. en d. l. 65. col. 1. y 2., donde tambien puede verse, cual sea la fuerza de las siguientes; *te lo dejo á tu juicio; si te placiere; lo harás, si te pareciere; lo dejo á tu prudencia; queda á tu libre facultad; lo haràs si te pareciere conveniente; lo encargo á tu conciencia; te doy licencia; te concedo poder; prometo estar á tu juramento, ó á tu palabra; pongo esto en tus manos; lo dejo al arbitrio de tu voluntad; me encomiendo á tu misericordia; si pareciere*: véase tambien Abb. en el cap. 1. *de sequestr. poss. et fruct.*, col. 4., Bart. en la l. 9. D. *de alim. et cib. leg.*, col. 3., Bald. en la l. 3. C. *de dot. prom.*, 2. lect., Cardin. Alexandr. en el cap. *humanum genus*, dist. 1., col. 3., Bald. en la l. 11. C. *de testam. mil.*, y sobre la cláusula *harás lo que te pareciere conveniente*, véase el mismo Bald. sobre la palabra *nomina*, *de pac. Const.* y mas plenamente en la Estravagante *ad reprimendum*, glos. sobre la parte *videbitur.*, donde tambien se ocupa de las palabras que suponen la libre voluntad, de las que pueden significar, ora dicha voluntad libre, ora el arbitrio de buen varon, y de si podrá ó no rechazarse la escepcion de prescripcion, en virtud de la concesion dicha; añád. Bart. en la l. 14. D. *de fideicom. libert.*: además sobre la cláusula, *si te placiere*, véanse la l. 41. §. 4. d. tít., Bart. en d. l., y en la l. 1. §. 13. D. *de exerc. act.*, col. 7. en la Repet.: sobre la cláusula, *lo dejo á tu juicio*, véanse el mismo Bárt. en d. l. 41. §. 6. y Felin. en el cap. 1. *de Constit.*, col. 19., 20. y 21., donde se encuentran tambien otras declaraciones notables: véase además Bald. en la l. 1. D. *de leg.* 2., col. 14. Qué dirémos de las cláusulas, *si lo estimares, aprobares, ó creyeres justo* y otras semejantes puestas en los contratos? Suponen el arbitrio de buen varon, ó la libre voluntad? V. l. 13. C. *de contr. empt.* y Alber. en d. §. 5., donde dice, que en realidad ellas suponen la mera voluntad; pues que en los contratos lo que es de sustancia no puede dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes, aunque sea á manera de arbitrio de buen varon, l. 35. §. 1. D. *de contr. empt.*, si bien puede esto tener lugar, en cuanto á lo accidental, l. 7. D. d. tít.

(156) Tenemos pues que la palabra *alvedrio*, equivale á *arbitrio de buen varon*; sin embargo, esceptúese con Imol., en la l. 7. D. *de donat.*, el caso en que se tratase de lo que ya dependia de semejante arbitrio; entónces, á fin de que la disposicion tenga algun efecto, deberá entenderse de la libre voluntad, ó alvedrio, arg. l. 109. pr. D. *de leg.* 1., con sus semejantes. Si el heredero no quisiese decidir acerca de la manda que el testador dejó á su arbitrio, se deberá, cual si en efecto hubiese decidido, Paul. de Castr., en d. l. 75.: segun Imol. en d. l. col. 2., no bastará el mandato del Juez para que se decida, esto es, al efecto de que resulte en mora el heredero y por consecuencia deudor del legado; empero adviértase que Imol. se refiere al supuesto de haberse conferido el legado al arbitrio de un tercero, mientras que Paul. de Castr. habla del caso que se hubiese dejado al arbitrio del mismo heredero: lo mismo decide Bart. en d. l. 1. D. *de leg.* 2. y allí tambien el cit. Paul. col. penúlt. y Alex. col. 5.

(157) Por ej., si el legatario hubiese desmerecido respecto del testador, l. 11. §. 7. D. *de leg.* 3., ó bien, si la cosa legada fuese de tanto valor que absorviera la totalidad de la herencia, l. 96. D. *de leg.* 1.; ó si esta era de poca monta, y los hijos del testador carecian de bienes, arg. cap. últ. 17. q. últ. Si el legado no fuere de cosa cierta, sino que versase sobre un objeto incierto, el arbitrio deberá tener lugar en la forma que indican la Glos. y Bart. en d. l. 1. D. *de leg.* 2.

(158) Añád. d. l. 43. §. penúlt. D. *de leg.* 1. y l. 11. §. 7. D. *de leg.* 3. Si el testador concibió la manda en esta forma, *lego á Juan lo que Pedro, ó mi heredero declaren querer*, será válida, segun Ang. en la l. 46. §. últ. D. *de verb. oblig.*, atendido que se requiere una declaracion y por consiguiente un hecho del heredero, cual en el caso que se lega bajo la condicion *si el heredero no ascendiere al Capitolio*, cuya manda tiene efecto, segun la l. 52. D. *de condit. et demonstr.* y esta misma l. al fin; lo mismo que Ang., opina allí Paul. de Castr.; Imol. tiene por dudosa la decision, y Alex. la reprueba en d. l. 1. D. *de leg.* 2., col. 5., fundado en que entendiéndose las palabras *si quisiere*, de la voluntad declarada, segun la l. 65. §. 1. D. *de leg.* 1., debe decirse lo mismo de la cláusula en que se hace mérito de esta declaracion, dado que no produce efecto alguno el espresar lo que tácitamente viene comprendido: á esta opinion adherimos nosotros. Véase Bald. en la l. 7. C. *de fideicom.*, col. 1., el cual limita las cit. ll. al caso

ro, de cumplir la manda, que assi fuesse fecha, o de reuocarla, si quisiere (*f*). E esto es, porque, vsando el testador a dezir tales palabras quando fazia la manda, semejaua, que en todas guisas la ponia el en el aluedrio del heredero. Mas si el testador dixesse: Mando a fulano ome mil marauedis, si quisiere tal ome (160) (cierto), diziendo el nome de cada vno dellos señaladamente; non valdria tal manda, porque es fecha a vno, e es puesta señaladamente en aluedrio de otro. E porende dixeron los Sabios antiquos, que las mandas, e los establescimientos de los herederos, deuen ser fechos segund su voluntad del fazedor del testamento, e non deuen ser puestas en juyzio, e en plazer de otri. Mas si el testador fiziesse la manda, diziendo assi; que mandaua a vno mil marauedis, si otro, que nombraua señaladamente, fiziesse (161) alguna cosa (*g*) (ciertamente), como quier que aquella cosa en voluntad, e en aluedrio del otro era de la fazer, o non, valdria la manda, si aquella cosa que nombrasse, se cumpliesse.

(*f*) maguer non mostrase hí ninguna razon: Et esto es Acad.

(*g*) cierta, como quier Acad.

LEY 30. *Si vale la manda que el testador faze, diziendo: Mando que mi heredero de a fulano tantos marauedis, o tal cosa, quando el quisiere.*

Fecha seyendo la manda por tales palabras, que dixesse el testador: Mando a fulano ome mil marauedis, que los aya, quando el mi heredero (162) quisiere; si acaesciere, que este heredero muriesse, e non pagasse estos marauedis en su vida, nin señalasse dia (163) a su heredero, a que los pagasse; aquel que ouiesse de heredar los bienes del heredero del testador, seria tenudo de pagar la manda, luego que entrasse la heredad, sin alongamiento ninguno, porque aquel cuyos bienes hereda, non lo contrasto (164) en

que la palabra *voluntad* afectare simplemente á la disposicion, no creyendo comprendidos aquellos en que la voluntad ó declaracion afectan directamente á la egecucion lo que viene á parar á lo mismo que dijo Ang.: mas, Alex. en d. lug. en las adic. á Bald. advierte que la decision de ese D. tiene en contra la l. 24. D. *de leg.* 2.

(159) Téngase pues presente que la cláusula *si quisiere* es equivalente á *si tuviere por bien*: lo que se halla en oposicion con lo que dice Bald. en la l. 11. §. 7. D. *de leg.* 3., á saber, que toda palabra, á escepcion del verbo *querer*, equivale al *arbitrio de buen varon*: parece conforme nuestra l. con la l. 23. §. 3. vers. *si ei libuerit*, D. *de fideicom. libert.*—* En el caso que aquí se propone, el legado era de todo punto nulo por derecho romano: nuestra ley lo da al parecer por valido, si el heredero quiere pagarlo. A primera vista la diferencia existe únicamente en las palabras; pero la hay en los efectos, principalmente si la herencia no alcanzare para el pago de todas las mandas. En este supuesto, el heredero no puede gravar á los legatarios con el pago de un legado que sea nulo de derecho; pero si podrá hacerlo tratándose de legado que por su voluntad subsista en calidad de tal.

(160) Semejante disposicion es captatoria, l. 64. D. *de leg.* 1.: añad. l. 11. tít. 3. de esta Part. y lo que allí dije. Fíjese la atencion en las palabras *si quisiere*: si no hubiese usado de ellas el testador, se entendería haberse referido al arbitrio de buen varon, y de consiguiente seria válido el legado, l. 1. D. *de leg.* 2.

(161) Añad. l. 68. D. *de hæred. instit.* y l. 52. D. *de condit. et demonstr.*

(162) Concuerda con la l. 11. §. 6. D. *de leg.* 3., y con Az. sum. C. *de legat.*, col. antepenúlt. vers. *itèm legari potest.*

(163) Nótense estas palabras, pues que no se previene esto en la cit. l. 11. §. 6., de donde nuestra l. se ha tomado.

(164) Así pues, en gracia de la última voluntad, se presume que el heredero consintió en el acto de morir, l. 46. §. últ. D. *de verb. oblig.* y Bart. y Bald. en d. l. 11. §. 6. Parece inferirse de nuestra l., que si el heredero declaró no consentir en la manda, no deberá pagarse por él, ni por sus herederos; téngase presente, pues que no se infiere con tanta claridad del cit. §. 6. Empero, parece probar lo contrario la l. 41. §. 13. D. *de leg.* 3., donde se espresa, que el heredero gravado para cuando quiera ó quisiere, se entiende serlo para despues de la muerte, si antes no hubiese declarado querer verificar la restitucion; de lo que se infiere que no está en su poder el apartar el gravámen: lo mismo se vé, por lo que dice Bart. en la cit. l. 46. §. últ. col. 1., á saber, que en las últimas voluntades lo mismo tiene decir *dé el heredero cuando quisiere*, que *dé el heredero despues de su muerte*; de ahí es que entónces cede el dia, arg. d. l. 41. §. 13., y por lo mismo semejante legado se reputa condicional, d. l. 41. §. 6., por ser incierto el dia de la muerte, l. 75. D. *de condit. et demonstr.*: empero en los contratos semejante espresion importa á la vez condicion y término, segun Bart. y Ang., y estas fueron las palabras de Pedr. en el mismo lug. Es ciertamente muy di-

su vida. Mas si el testador dixesse assi: Mando a fulano cien marauedis, que los aya si quisiere, estonce valdra la manda. Pero si este atal, a quien fuesse fecha la manda, non dixesse en su vida, que la queria (165), e se muriesse; estonce el su heredero non ha derecho ninguno en ella, nin la puede demandar despues.

LEY 31. *Como se pueden fazer las mandas sin condicion, e a dia cierto.*

Puramente (166) pueden fazer los testadores sus mandas; que quiere tanto dezir, como sin ninguna condicion. E esto seria, como si dixesse algun testador: Mando a fulano tantos marauedis: o, tal cosa. E aun la podria fazer a dia cierto, o de dia cierto en adelante. E esto seria, como si dixesse el testador: Mando, que den a fulano tantos marauedis el dia de Sant Juan Baptista, este primero que verna; o si dixesse: Mando, que del dia de Sant Juan en adelante que gelos den. E aun las podria fazer so condicion. E esto seria como si dixesse: Mando a fulano tantos marauedis, si fiziere tal cosa. Otrosi dezimos, que si el testador quando fiziesse la manda, dixesse tales palabras: Mando, que den a fulano mil marauedis, quando fuere de edad (167) de catorze años, si acaesciere, que aquel a quien la faze,

ficil de conciliar nuestra l. de Part. con la opinion de Bart.: en cuanto á la cit. l. 41, §. 13. podria entenderse en los mismos términos que esta l. de Part., esto es, del caso que el heredero durante su vida no hubiese manifestado oponerse al pago de la manda; viene en apoyo de esta interpretacion el que, hecha la manda en esta forma, *si mi heredero quisiere*, puede este contradecirla, segun la l. ant. y Bart. en d. l. 46. §. últ. col. 2, de lo que se infiere, que la misma facultad tendrá, si el testador hubiese dicho *cuando quisiere*, pues que entre las palabras *si*, *y cuando* no se hace generalmente diferencia, l. 48. D. *de condict. indeb.*, junto con lo anotado en ella. En este punto pudo haber pesado la consideracion que merecen las últimas voluntades; sin embargo medítese bien esta cuestion, pues que no deja de violentarse un tanto el cit. §. 13., dándole la misma inteligencia que la l. de Part., atendido que d. §. espresa que semejante legado se entiende hecho para despues de la muerte.

(165) Concuerda con las ll. 69. D. *de condit. et demonstr.* y 65. §. 1. D. *de leg.* 1. Qué dirémos si el testador hubiese legado en esta forma, *cuando quisiere*? Entónces aunque el legatario no manifieste querer aceptar el legado, lo transmite á su heredero, segun Bart. en la l. 1. D. *de leg.* 2., arg. l. 41. §. 13. D. *de leg.* 3., cuya l., si bien habla del caso que las indicadas palabras se hubiesen referido al heredero, parece que la misma razon hay en el supuesto que se refiriesen al legatario, segun Alex. en d. l. 1. col. 5.: no obstante, véase Juan de Imol. en d. l. 1., el cual, separándose de Bart. en este punto, admite diferencia entre los dos casos; véase tambien allí Alex. col. 4. y 5. Adviértase, que atendida esta l. de Part., parece no podrá sostenerse la opinion de Raf. Cumm. en las ll. 65. §. 1. D. *de leg.* 1., 1 D. *de leg.* 2. y 46. §. últ. D. *de verb. oblig.*, opinion á que se adhiere Alex. en d. l. 1. col. 5., á saber, que la manda hecha para *cuando quisiere el legatario*, se entiende pura, de la misma suerte que si se legare alguna cosa para cuando la pidiere el legatario, ll. 85. D. *de condit. et demonstr.*, y 48. D. *de verb. oblig.*: en efecto, si nuestra ley tuviese por puro semejante legado, se transmitiria, aunque el legatario durante su vida no hubiese espresado que lo aceptaba; empero, contéstese que nuestra l. no habla del legado hecho para *cuando quisiere el legatario*, y si del que se dispone bajo la fórmula *si quisiere*: téngase, pues, presente la decision de Cumm., pues habrá en realidad diferencia en los efectos de las palabras *cuando quisiere*, segun que se refieran al heredero, ó al legatario.

(166) Háse tomado de lo que dice Az. en la sum. C. *de legat.*, col. 6. al fin. vers. *relinquitur legatum purè.*

(167) Concuerda con las ll. 49. pr. y §. 2. D. *de leg.* 1. y 22. D. *quand. dies leg. ced.* Lo mismo tendrémos, si el testador se refiere á determinada edad de un tercero, l. 16. D. *de manum. testam.* Esceptúese de la disposicion de que se trata el caso que el término se prefije para la estincion del legado, por ej., *mando á Ticio 100. libras anuales, hasta que llegue á la pubertad*, en efecto, semejante legado no es condicional, ni se estinguirá falleciendo el legatario antes de la edad prescrita, arg. l. 12. C. *de usufr.*, ley singular en la materia, segun Bald. Qué dirémos, si se lega para cuando llegue á cierta edad el heredero gravado? Bart. en d. l. 49. §. 2. sostiene no ser condicional esta manda, y de consiguiente que no se estingue, aunque el heredero fallezca, antes de cumplir la edad prescrita, arg. l. 18. §. 2. D. *de alim. et cib. leg.*; y con Bart. convienen Ang., Bald. y Paul. de Castr. en la *lectura Paduana*, sobre d. l. y Rom. en la l. 8. D. *de verb. oblig.*: empero Din., Raf. é Imol. en la l. cit., Cyn. y Bald. en la l. 5. C. *quand. dies leg. ced.*, Paul. de Castr. en la *lectura Bononiense* y Salic. en la l. ún. §. 7. C. *de caduc. toll.* sostienen lo contrario, fundados en d. l. 49. §. 2., contestando de diferentes maneras á la cit. l. 18. §. 2., como puede verse en Alex. á d. l. 49. §. 2., cuyo

llegare a aquella edad, valdra la manda, e si muriere en ante, non la puede demandar su heredero, nin ha derecho de la auer. Pero caso y ha en que valdria la manda que fuesse fecha por tales palabras, maguer non se cumpliesse la condicion. E esto seria, como si dixesse el testador: Mando que aforren a fulano mi sieruo, quando mi fijo fuere de edad de catorze años. Ca maguer el fijo non llegasse a aquella edad, nin se cumpliesse aquella condicion, valdria la manda, es eria forro, por razon de la franqueza que es otorgada a la libertad (168).

LEY 32. *Como las mandas deuen ser judgadas por las leyes deste libro, maguer el testador lo defendiesse.*

Non puede ningun testador fazer manda en ninguna manera, que por el derecho de las leyes deste nuestro libro non deba ser judgada. E porende, maguer el defendiere señaladamente que ninguna ley, ni ningun derecho non pudiesse contrastar, nin embargar la manda que faze, con todo esso, si la fiziere contra derecho (169), o como non deuiere (170) en alguna manera, non valdra (171).

D. dice ser esta última opinion la mas acertada, atendidos varios testos, á los que en vano Bart. trata de dar solucion, violentando su sentido; además Alex. cita varias ll. contrarias á la opinion de Bart., y en particular la l. 32. pr. D. *de leg.* 1., junto con la Glos., ley que indudablemente hace mucha fuerza. Qué dirémos, si el término afecta á la prestacion ó ejecucion de la manda, y no á la sustancia de la misma? V. l. 5. C. *quand. dies leg. ced.* y Bart. y Alex. en d. l. 49. §. 2. Adviértase que en caso de duda se presume que el testador se refirió simplemente á determinado tiempo, y no al caso que el legatario llegara á la edad que indicaba, como puede verse en el caso de la l. 18. D. *de ann. leg.*, ley notable en la materia segun Paul. y Alex. en d. l. 49. §. 2.; véase tambien allí Bart.

(168) Añád. l. 16 D. *de manum. testam.*, l. 23. pr. y §. 3. D. *de fideicom. libert.*: lo mismo deberémos decir de las mandas piadosas, pues que gozan de las mismas prorrogativas que las que tienen por objeto la libertad, Bart. en la l. 3. al fin D. *de his quæ in testam. delent.*, Alex. en la l. 11. C. *de testam. mil.* y lo que dije en la l. 17. de este tít.

(169) Conviene tener aquí presente lo que dice Ang. en la l. 55. al fin D. *de leg.* 1., de la que esta l. de Part. se ha tomado: las leyes prohibitivas, dicen, no pueden ser derogadas por los testadores, ni por los contrayentes, l. 46. D. *de fidejus.*: tampoco pueden serlo las que versan sobre la otorgacion del testamento, porque este no existe, si lo dispuesto en ellas no se observa, l. 2. D. *de testam.*: tampoco cabe prescindir de las leyes relativas á la duracion de la obligacion personal, que deriva de los legados, ó fideicomisos, ya hubiese querido el testador obtener este resultado, por medio de la espresion de término, ya interponiendo condicion: puede, si, renunciarse por el testador á las leyes dictadas puramente en su favor. Fundado en lo mismo decia Bald. en la l. 1. C. *de his quæ pœn. nom.*, col. 4., que el testador podia disponer en contra de lo prevenido en las leyes que tenian por objeto la egecucion de la última voluntad; esceptuando lo dispuesto necesariamente en beneficio del heredero; si bien este podrá renunciar espresa ó tácitamente el derecho que le atribuyen semejantes disposiciones, segun lo anotado en la l. 2. D. *de usufr.* De lo dicho se sigue, que el testador podrá remitir la hipoteca tácita, que deriva de los legados, segun una glos. singular en la l. 2. C. *ut in possess. leg.*, con la que está de acuerdo la mayoría de los DD. en d. l. y en la cit. l. 55., como atestigua Alex. en d. lug. col. 4. Apoyado en la misma glos. dice allí Bald. que el testador puede disponer que el legatario no adquiera el dominio, sin la tradicion. ¿Cabe en sus facultades el disponer que la accion del legatario quede prescrita al cabo de un año, ó que no le corra otra prescripcion que la de 100. años? V. Bald. lug. cit. y Bart. y Alex. en d. l. 55. De lo dicho tambien se sigue, que el testador puede facultar al legatario, para que de su propia autoridad se tome la cosa legada, á pesar de lo dispuesto en la l. 5. C. *de legat.*; véase Bart. en d. l. 55. y allí tambien Alex. col. 3.: y aun cuando el testador se hubiese limitado á decir, *prohibo á mis herederos, que opongan el menor obstáculo al legatario,* se entenderá tambien haber atribuido á este la facultad indicada, segun Bald. en la l. 1. C. *comm. de leg.* en la *lect. antig.*, arg. l. 52. D. *de acquir. poss.*, ley singular en la materia, segun Jacob. de Arét., y hace tambien al propósito la l. 47. D. *de rei vind.*, junto con lo anotado por Ang. Podrá el testador remitir la confeccion del inventario? Opina afirmativamente Bart. lug. cit. y en d. l. 55., y en esta l. Alex. col. 4. lo entiende tambien de la remision del inventario, en cuanto puede causar perjuicio á los legatarios. Qué dirémos si habiendo dispuesto el testador que los legatarios debiesen precisamente reconvenir al heredero en determinado lugar para el pago de los legados, y este obrase maliciosamente, huyendo del lugar indicado por el testador? Entónces podrá ser reconvenido allí donde se le encuentre, l. 7. D. *de eo quod cert. loc.* y allí Bart., Bald. y Fulg. Está tambien en las facultades del testador el prefijar un tiempo para la adicion de la herencia; y en

este caso, si lo dejare trascurrir el heredero, queda escluido de derecho, segun Ang. en la l. 72. D. *de acquir. hæred.*, apoyado en el mismo testo y en la glos. á la l. 17. C. *de jur. delib.*, donde Paul. de Castr. contesta á la cit. l. 55. D. *de leg.* 1., y es del mismo parecer Alex. en d. l. 55. Añádase tambien, que los que contratan no pueden impedir que la disposicion de las leyes no se aplique á los actos que celebran, l. últ. D. *de stip. servor.* y Bald. en el cap. 1. §. *et quia videmus, de his qui feud. dar. poss.*, col. 6.

(170) Si el testador dispone que las leyes no obsten á la validez de su testamento, tendrá esta prevencion la fuerza de cláusula codicilar? Así opinan la Glos. y los DD. en d. l. 55.

(171) Porque, á escepcion del Rey todos vivimos bajo el imperio de la ley, l. 4. C. *de leg.* Así, pues, el Príncipe es el único que puede usar la cláusula *no obstante cualquier ley.* etc., d. l. 55. y allí Ang., l. 38. D. *de pact.*, l. 2. D. *de testam.* y l. *Codicillis* §. últ. D. *de leg.* 2., donde la glos. 1. califica de nécio al testador, que intenta disponer contra lo prevenido por las leyes. De ahí proviene que, no pudiendo imponerse gravámen á la legítima de los hijos, ni disminuirse, ll. 29. y 32. C. *de inoff. testam.* y l. 17. tít. 1. de esta Part., aunque se trate de bienes situados en el estrangero, donde la facultad de disponer sea mas lata, Bart. en la l. 18. D. *de castr. pecul.*; fundado en el mismo testo; de ahi proviene, digo, que los que quieren fundar un mayorazgo en uno de sus hijos, piden al Príncipe que les dé autorizacion con la cláusula arriba indicada, costumbre que parece será posterior á la publicacion de las Part., pues que no se hace mencion de semejante fórmula en las leyes del tít. 18. Part. 3.: del modo de concebirla, trata latamente Rodr. Suar. en la repet. á la l. 32. C. *de inoff. testam.*, fol. 65. col. 4., donde espresa que si alguno hubiese solicitado del Rey la facultad de testar libremente, no especificando lo contenido en dicha fórmula, ni la derogacion de las cit. ll., y simplemente se le hubiese otorgado; no se entenderá con facultad para fundar un mayorazgo en perjuicio de sus hijos: y allí mismo, fol. 64. col. 2. condena aquella cláusula de costumbre en la citada fórmula, á saber, *do os licencia y facultad, para que de todos vuestros bienes, ó de cualquier parte de ellos podays hacer, y hagays mayorazgo en uno de vuestros hijos, qual quisieredes, y por bien tuuieredes, etc.*: semejante licencia, dice, es sobrado injusta, comprendiendo todos los bienes, y carga la conciencia del que la da, pues que priva de la legítima á los demás hijos, lo que es opuesto al derecho natural. el Príncipe, añade, (citando á Bald. en la l. últ. C. *de fruct. et lit. exp.* col. 2.) puede autorizar, sin la nota de iniquidad, la disminucion de la legítima, porque la cantidad está al arbitrio del legislador; mas no puede permitir que se prive enteramente de aquella porcion á los hijos, pues que por derecho natural se debe á título de alimentos: y allí mismo col. 3. dice que cayera en pecado el padre que sin justa causa de desheredacion privara de sus bienes á los hijos, valiendose de autorizacion semejante; y alega la Glos. en el cap. *non est, de vot.*: y concluye en la col. 4. que debiera suprimirse la indicada cláusula, por ser injustísima. Lo mismo opinara yo, si en la misma no se salvaran, como es de costumbre, los alimentos; si bien resultan en menos cantidad de la que les tocara á los hijos en virtud de las cit. leyes del Reino: concebida la autorizacion en estos términos, tenemos que el Príncipe no hace mas que disminuir la legítima, como dije en la glos. 61. tít. 4. de esta Part.

En virtud de la citada autorizacion, podrá ser disminuida la legítima del hijo, que al tiempo de otorgarse aquella fuese ordenado, aunque no *in sacris?* Parece que nó, atendido lo que dice Bald. en el cap. *cum venissent*, col. 2. vers. *oppono dicitur hic, de eo qui mitt. in poss. caus. rei serv.*; v. *cap. Ecclesiæ Sanctæ Mariæ, de Constit.*, y lo que dije en la l. 4. tít. 15. Part. 4., sobre las palabras *en cuyo señorio.* Medítese esto, pues que, resolviéndose la cuestion, como llevamos indicado, quedarian inútiles varias autorizaciones para fundar mayorazgo, ó los mayorazgos mismos. Para el caso que el hijo se ordenare despues de concedida la facultad dicha, véase el cap. *si eo tempore, de rescript.* lib. 6. y Bart. en la l. 26. D. *de stipul. serv.*

Si alguno, sin autorizacion real, funda mayorazgo de sus bienes, y de algunos pertenecientes á sus hijos, y estos, á fin de no salir perjudicados ni aun de hecho, alcanzan del Príncipe la revocacion del mayorazgo, por lo que mira á los bienes que el padre comprendió en él; se entenderá que el Príncipe aprueba el mayorazgo respecto de los bienes que eran propios del padre, pues que, sabiendo que se habia creado sin su licencia, lo revoca tan solo, por lo que mira á los bienes de los hijos? Así parece resultar de lo que dicen Bart. y Paul. de Castr. en la l. 19. D. *de leg.* 1.

Adviértase que el rey puede libremente amayorazgar á favor de sus hijos los bienes patrimoniales que tenga fuera del reino, atendido que no reconoce superior, l. 15. D *de public. et vectig.*, l. 25. C. *de donat. int. vir. et uxor.*, l. 19. C. *de testam.*, Bald. en el §. *item sacramenta, de pac. jur. firm.*, col. 4. vers. *secundó, utrum rex* y el cap. *si romanorum*, pr., 19. dist.

El que tiene autorizacion para fundar mayorazgo de ciertos bienes, podrá crearlo del tércio de los demás, en virtud de la ley del reino? Así parece, segun la l. últ. C. *de rep. hæred.*, y lo que

allí dice Bald., á saber, que el privilegio no se confunde con el derecho comun: sin embargo, no parece verosimil que el Príncipe quisiera permitir que se perjudicase á los hijos por dos medios distintos, l. 4. §. 1. D. *ad leg. Rod. de jact.* y cap. *mandátum, de rescript.*

Subsistirá el mayorazgo, autorizado por el primogénito del rey, si se creó, cuando dicho primogénito ocupaba ya el trono? V. Bart. en las ll. 42. D. *de usucap.*, y 19. D. *de castr. pecul.*

Si se concedió facultad para fundar mayorazgo á favor de uno de los descendientes, podrá llamarse á uno de los que procedan de hembra? Parece que no, arg. l. 1. D. *de jur. immun.*; véanse allí los DD.

Supóngase que el Rey dió facultad para crear un mayorazgo á favor del hijo segundo, con la condicion que consintiera el primogénito, el cual en efecto consintió, pero despues de la muerte del Rey que otorgó la autorizacion dicha: parece que esta circunstancia no obstará á la validez del mayorazgo que se creare entónces, pues que la condicion afectaba á la egecucion del acto, y no á la concesion, l. 1. D. *quod quisq. jur.*, v. Bald. en el cap. 1. pr., col. 2. *hic finitur lex*, y Jas. en la l. 4. D. *de reb. cred.*

Adviértase que, á fin de que no ofrezca dificultad la autorizacion, conviene que en ella se haga mérito de los demás hijos que puedan sobrevenir; pues que el simple permiso para imponer gravámen en la legítima de los hijos, no se estenderia á los póstumos, Bart. en la l. 25. D. *de lib. et posth.*, impugnando á la Glos., y arg. l. 43. D. *de vulg. et pupill.*

El que ha alcanzado facultad para fundar mayorazgo á favor de cualquiera de sus hijos, podrá verificarlo en beneficio de un espúrio? Estoy por la negativa, arg. cap. *dicat aliquis*, 32. q. 4.: parece que el Príncipe se refirió á los hijos legítimos y naturales, l. 6. D *de his qui sunt sui vel al. jur.*, l. últ. D. *de jur. delib.*, Paul. de Castr. en d. l. y en la nov. 117. cap. 2. y Fabr. en el §. últ. Instit. *de adopt.*

Empero si el Príncipe de cierta ciencia, y en uso de su poder, diese autorizacion para fundar un mayorazgo á favor de un hijo espúrio, ó natural, á pesar de existir hijos legítimos, á los cuales les salva tan solo los alimentos; subsistirá ese mayorazgo, mayormente, si el Príncipe fué movido por las circunstancias personales del espúrio? Obra por la negativa 1º.—el que ni aun la legitimacion de los espúrios, ni de los naturales, puede autorizarla el Príncipe, si existen hijos legítimos y naturales, nov. 74. cap. 1.; y á propósito de esto decia Bald. en el cap. 1. §. *filii nati, si de feud. fuer. controv. int. dom. et agn.*, que merece ser calificado de cuadrúpedo el Príncipe que en semejante caso autoriza la legitimacion y dá derecho á los ilegitimos, para que sucedan juntamente con los legítimos, pues que pierde de vista el público decoro, y que únicamente por medio del matrimonio se perpetua, cual conviene, el género humano.

En segundo lugar, semejante autorizacion parece contraria al derecho divino: *ejice ancillam et filium ejus, non enim hæres filius ancillæ, cum filio liberæ*, dice el Gen. cap. 21. vers. 10.: lo mismo tenemos en el cap. *non omnis*, 32. q. 2., donde se añade que esto lo dispuso el Señor, antes que naciera el derecho romano: agréguese la autoridad del Apóstol *ad Galat.*, cap. 4., vers. 30, donde aduce el cit. testo del Génes.: vienen en apoyo de lo mismo la sum. y el cap. únic. 35. q. 7., lo anotado por Bart., Bald. y Paul. de Castr. en la l. 3. D. *de testam.* y el mismo Castr. cons. 467. vol. 2., donde concluye que no cabe á la ley el atribuir el derecho de sucesion á los espúrios; Bart., entre otras razones, aduce el cit. testo del Gén., y Bald. indica otra, á saber, que la incapacidad del espúrio tiene por causa la conducta reprensible del testador, lo que siendo así, no puede ser habilitado el espúrio, atendido que ninguna ley puede legitimar los actos reprobados á causa de la torpeza de la persona que los egecuta, arg. nov. 134.

Además los actos reprobados por dicha causa, se equiparan por el cap. *ex parte, de consuet.* á los que se hallan prohibidos por derecho divino, contra el cual nada pueden disponer las leyes humanas: la incapacidad del espúrio es como en castigo del padre, al efecto de impedir las uniones ilegítimas, l. últ. C. *de nat. lib.*; de consiguiente seria opuesta á las buenas costumbres cualquiera dispensa en este punto, mayormente resultando en perjuicio de los legítimos: mas aun quiso Imol. en d. l. 3. al fin, á saber, que seria de ningun efecto la ley que diese á los hijos meramente naturales el derecho de suceder al padre, y de consiguiente induciria á delinquir.

Por fin la autorizacion de que se trata aumentaría las uniones ilegítimas, concibiendo cada uno la esperanza de obtenerla en su caso; ahora bien, son de ningun valor las leyes, costumbres, juramentos y privilegios que inducen á pecar, Juan Andr. en el cap. *extirpandæ de præbend.*, sobre las palabras, *consuetudine qualibet.*

Los que siguen la opinion contraria se apoyan en primer lugar, en la decision napolit. citada por Mat. de Afflict., decis. 99., donde refiere haberse juzgado en dos distintos casos, que si el padre recibiese mediante cierto precio algun predio en enfiteusis, para sí y su hijo y los herederos de dicho su hijo nacido de punible ayuntamiento, que en el enfiteusis debia suceder el espúrio, con esclusion de los herederos

ab intestato, segun lo anotado por Bald. en la l. 2. C. *de jur. emphit.*, col. 1., dando por razon que sucede en virtud de contrato y no como heredero; del mismo parecer es allí Jas. col. 69., como indiqué en la l. penúlt. tít. 8. Part. 5. glos. 176. Así pues parece que podrá suceder al mayorazgo en fuerza de gracia y privilegio del Príncipe. Añade tambien Mat. de Aflict. en la cit. decis., que no solo al espúrio, si que tambien al esclavo puede dársele de nuevo alguna cosa en feudo, ó en enfiteusis, segun el cap. 1. §. 2. vers. *personam, per quos fiat invest.*

Además, pudiendo el Príncipe, sino privar de la legítima, alomenos disminuirla, como indiqué mas arriba; parece que podrá tambien, dejando salvos los alimentos á los hijos, permitir que los demás bienes se trasmitan al espúrio á título de mayorazgo. Al cit. testo del Gén. puede contestarse con Imol. en d. l. 3. D. *de testam.*, que el precepto que en él se contiene es judicial, y de consiguiente no obligatorio, á no ser que se encuentre sancionado por la ley civil, cap. *translato, de Constit.*, Santo Tom. 1. 2. cuest. 104. art. 3., el cap. últ. *de success. ab intest.*, y el cap. 3., §. *his ita, dist.* 6. Lo mismo parece opinar el Hostiens. en la Sum. del tít. *qui fil. sunt legit.*, donde dice, que por mas que el Príncipe al legitimar los espúrios esprese que deban ser admitidos á la herencia del padre; sin embargo, no puede así establecerlo por ley general, pues que ella aumentara el número de los hijos ilegítimos: de lo que se infiere que en el parecer del Hostiens. podria dispensar el Príncipe en un caso particular: así opina tambien Bald. en la l. 14. C. *de fideicom.* col. 9., donde dice que la ley general que legitimara á los espúrios seria nula, por atacar indirectamente las buenas costumbres, cual la que autorizára el adulterio y el incesto; por la misma razon, añade, no cabe legitimar los hijos que aun no están concebidos, pues que el dolo es de futuro; siendo concebidos ya, la dispensa versará sobre el dolo pasado, y de consiguiente tiene tan solo por objeto librar de la pena y no abonar el delito.

Viene en apoyo de la misma opinion Juan Andr., el cual en las adiciones al Spéc. tít. *de succes. ab intest.* §. últ. vers. *sed ex facto*, dice que el Príncipe puede establecer que los espúrios sucedan al padre, pues que son llamados á la sucesion de la madre, y que, atendida la naturaleza, son verdaderamente hijos y consanguíneos, si bien la ley los ha escluido para reprimir las uniones ilegítimas, nov. 74. cap. 1. vers. *oportet*: atendiendo, pues, únicamente á la naturaleza, no hay para qué oponerse á que el espúrio sea admitido á la sucesion, l. 1. C. *de impon. lucr. descript.*: empero al fin cita al Hostiens., como sostenedor de la opinion que escluye de todo punto á semejantes hijos.

Trata tambien, y latamente esta cuestion el Prepós. Alexand. en el cap. *per venerabilem*, vers. *quod autem, qui fil. sint legit.*, en la 5. cuest. principal y en el cap. *Constitutiones* dist. 10., y concluye que no solo por decreto imperial, si que tambien por estatuto municipal, pueden ser los espúrios admitidos á la sucesion del padre, toda vez que son llamados á la de la madre: la misma razon, dice, milita para entrambas, esto es, el evitar el pecado; de consiguiente, habiéndoseles admitido á la una, puede tambien llamárseles á la otra: añade que el derecho de sucesion emana de las leyes civiles, si bien respecto de los hijos se funda en la razon natural, l. 7. D. *de bon. damnat.*; de consiguiente pueden ellas modificar, aumentar ó disminuir el indicado derecho, segun lo anotado por Din. en la reg. *indultum, de Reg. Jur.*, lib. 6.; sin que deba hacerse diferencia, segun él, entre los nacidos de vedado ayuntamiento y los puramente naturales, ya que la razon indicada milita respecto de todos, por mas que Bald. establezca esa diferencia en la l. 1. C. *de jur. aur. annul.*: Déc. parece tambien reprobarla en el cap. *in præsentia, de probat.*, n. 43., apoyado en que haciéndola derivar Bald. del pecado, cae por si misma al considerar que en entrambos casos se incurre en pecado mortal, si bien es mas grave, cuando los hijos son nacidos de vedado ayuntamiento; y contesta allí mismo al principal argumento de que se valen los que sostienen la nulidad de la ley que habilitara los espurios para suceder; es nula la ley, dice; que incita directamente á pecar, mas no la que de un modo indirecto, ó remotamente pudiera producir igual efecto, l. 57. D. *locat.*, l. 11. D. *de serv. corr.*, cap. *de occid.* 23. q. 5. y cap. *exhib. de homicid.*; de otra suerte deberia considerarse inícua la ley evangélica que prohibe el repudio, pues que la indisolubilidad del matrimonio puede ser causa de que el marido atente contra la vida de la muger: mas, el cit. test. del Génes. referido por el Apóstol, no obsta, segun el mismo D., pues que el Apóstol se refiere á las leyes entónces existentes: de lo que no se sigue que nuevas leyes no puedan disponer lo de otra suerte. Viene tambien en apoyo de la misma opinion el parecer de la mayoría de los DD. en la l. 29. §. 5. D. *de liber. et posth.*, á saber que el Príncipe puede legitimar á los ilegítimos en perjuicio de los legítimos, parecer á que se adhiere Bald. en d. §. 5., en el cit. § *filii nati, si de feud. fuer. controv. int. dom. et ang.*, en la l. 1. C. *de Sum. Trin. et fid. Cathol.* y en la l. 1. C. *de jur. aur. annul.*; además, así lo decide la l. últ. tít. 15. P. 4. donde puede verse lo que dije.

Si bien esta cuestion es de solucion difícil, sin embargo, me adhiero al parecer de los que de-

ciden contra el espurio, por ser dicho parecer el mas justo y equitativo, y el mas conforme con las costumbres y el decoro: á mas de que, como dice el Evangelio *non, est bonum sumere panem filiorum et mittere canibus,* á lo que se agrega el dicho del Apóstol, *si filius, ergo hæres:* es verdad que la esclusion de los ilegítimos no deriva del derecho divino, y sí solo de la ley positiva; pero siendo esta tan razonable y conforme con las buenas costumbres, el Príncipe debe guardarla, porque es un sér racional, y bajo ese concepto no puede apartarse del dictámen de la razon, así como no puede prescindir de la ley natural ó eterna, como dice Bald., en la l. 2. C. *de servit.,* col. 7.; y en la l. 9. C. *de testam.* dice el mismo D., que por mas que el Príncipe sea la autoridad suprema, no alcanza su poder hasta subvertir los decretos de la razon natural. Agréguese á lo dicho que si la ley creyó absurdo, cuando existian hijos legítimos, admitir á la sucesion los naturales, aunque se legitimaran, nov. 74; mayor absurdo seria admitir al espurio, escluyendo casi del todo á los legítimos; tanto mas, cuanto equivale á quitar la legítima el disminuirla sobremanera, como dije en la l. 11. tít. 4. de esta Part.; inclínase á esta opinion el Comentador de los feudos, varon cristiano, Andr. de Isern. en el §. *naturales, si de feud. fuer. controv. int. dom. et agnat.* Hay mas: la opinion verdaderamente general está por la nulidad de la ley que llama al espurio; y los que la impugnan se refieren al caso que no existan hijos legítimos. Por lo que mira al cap. del Gén., si bien Imol. y Arét. en d. l. 3. *de testam.,* tratan de contestar á él, observole aducido por S. Ambrosio, y que del mismo se hace mérito en las Decretales, d. cap. *dic. aliq.,* y que Bald. en la l. 1. C. *de Summ. Trin. et fid. cathol.* esplana el cit. test., diciendo, *non erit hæres filius concubinæ cum filio uxoris legitimæ.* En cuanto á la cit. l. de Part., debe observarse que se refiere á los hijos naturales legitimados, como se deduce del contesto de las leyes del mismo tít., y debe entenderse, como allí dije, de los legitimados, antes que nacieran los legítimos y naturales; lo que ni aun es admisible, atendida la cit. l. de Toro. Por fin, viene en apoyo de esta opinion la doctrina de Bart. en la extravag. *ad reprimendum*, glos. sobre la parte *videbitur*, vers. *secundo casu principali.*

Sin embargo, no hallo dificultad en que el Príncipe pueda permitir que se llamen los espurios á la sucesion de un mayorazgo, para cuando faltaren los legítimos; así como la ley habilita los espurios en defecto de otros, para suceder al honor del decurionato, l. 3. §. 2. y l. 6. D. *de decur.* y Déc. cons. 271., col. penúlt. y últ.: entiéndase esto en los términos que indiqué en la glos. 76. del tít. 8. Part. 5. No obstante, en virtud de semejante autorizacion no podrá ser llamado el espurio á un mayorazgo de dignidad, como ducado, condado etc.; segun lo anotado por Bald. en la l. 14. C. *de fideicom.*, donde dice que el legitimado para los feudos no se entiende serlo para los de dignidad, porque esta requiere un sucesor digno, desde el momento de la concepcion, no bastando que lo sea por gracia especial. Empero, esta interpretacion no se estiende á los curatos ni á las dignidades, porque respecto de ellos el Príncipe procede con mas parsimonia y miramiento, v. cap. *cum in illis, de præbend.* lib. 6., cap. últ. *de præbend.* en las Decret. y Socyn., cons. 260., vol. 2., col. 13., vers. 4. *principalis conclusio*; y segun se deduce del cit. cap. *cum illis*, si al mayorazgo hubiese inherente algun señorío, el espurio no sucederá al mismo en virtud de la indicada autorizacion, pues que el señorío constituye dignidad, como dice Bald. en el vers. *marchio*, al fin *de his qui feud. dar. poss.*: empero, dudo de esta decision, atendido que en nuestros tiempos se venden territorios con vasallos, cuyo comprador puede muy bien ser un labrador cualquiera; á mas de que mayor razon milita para la cura de almas, de la que trata el cit. cap. *cum illis*, que respecto de la jurisdiccion temporal.

Si el hijo que se llamare al mayorazgo en defecto de los legítimos, fuese meramente natural, entiendo que sucederá aunque no hubiese mediado autorizacion del Príncipe; dado que por derecho comun, y atendidas las leyes de Part., puede el padre dejar sus bienes á semejante hijo, cuando faltaren los legítimos, anth. *licèt, C. de natur. lib.*, y l. últ. tít. 13. de esta Part.; aunque existieren ascendientes legítimos, segun la l. 10. de Tor., y pruébalo tambien la l. 27. del cit. Ordenam.: no obsta la l. 6. D. *de vulg. et pupill.*, junto con la Glos., en cuanto dispone que, nombrando el padre por substituto pupilar de su hijo legítimo y natural á un hijo meramente natural, no podrá este suceder, viniendo el caso de la sustitucion, á los bienes del padre, á los que de otra suerte no fuera llamado, existiendo hijos legítimos; no obsta, digo, porque debe entenderse, de acuerdo con Imol. en la l. 23. D. d. tít., bajo el supuesto que á mas del pupilo, existan otros hijos legítimos: esta interpretacion debe precisamente admitirse, segun el mismo Imol., por mas que sea conjetural, pues que de otra suerte d. l. 6. se hallara en oposicion con la cit. l. 123.; apruébala Alex. en la misma l. 6. diciendo en la col. 3. ser limitacion notable del propio testo: hallámosla nosotros muy fundada, atendido que el escluir de los bienes del padre al sustituto no puede tener por causa el interes del pupilo, al cual mas bien le conviene que aquel suceda á entrambas herencias, arg. l. 89. D. *de acquir. hæred.*; y de consiguiente debe tener por causa el respeto á los

derechos de los hijos legítimos; y de consiguiente faltando tales hijos, nada obstará para que el sustituto suceda tambien á los bienes del padre: si atendemos, ahora, á la cit. l. 123., hallamos que el hijo natural substituido, es llamado á toda la herencia, repudiando el hijo legítimo; por igualdad de razon, pues, deberá ser llamado á la misma, si fuere substituido fideicomisariamente, pues que, tanto en virtud de la fideicomisaria, como en fuerza de la vulgar, se sucede al testador, l. 41. §. 2. D. *de vulg. et pupill.* y Alex. en d. l. 6. Tendrémos, pues, que en virtud de la autorizacion real antes indicada, podrá el padre llamar al hijo natural, en defecto de los legítimos.

Qué dirémos, si el que tenia un hijo espúrio que por error de derecho creia legítimo, y por tal era considerado en la opinion pública, fundó á favor de él un mayorazgo? Véase lo que dice Bald. en la l. 2. C. *de sentent.* vers. *pone habebam.*

Adviértase que, aunque no se espresare por el fundador del mayorazgo, se entiende llamado el hijo natural para el caso que falten los legítimos, bastando que el mayorazgo se haya creado á favor del primógenito y de sus descendientes por órden de primogenitura, l. 56. §. 1. D. *de verb. signif.* y allí la Glos. y Bart.; véase, no obstante, la l. 17. §. 6. D. *ad Trebell.*, junto con lo anotado en ella.

Adviértase que el hijo á favor del cual se ha creado el mayorazgo, no tiene en su mano la eleccion de sucesor: no le alcanza la facultad que el Príncipe dió á su padre, arg. l. 8. D. *de asign. lib.*: la autorizacion real concluyó en este punto, á la primera eleccion, l. 89. §. 1. D. *de verb. signif.*

Sin embargo, concedida dicha autorizacion en la forma de costumbre, esto es, para fundar mayorazgo con los vínculos, restituciones y submisiones que se creyeren convenientes, parece que el fundador podrá conceder al hijo que llama al mayorazgo la facultad de elegir sucesor entre sus hijos: no espresándolo, sucederá el primogénito, como dije, por ser este el órden de sucesion en los mayorazgos de nuestro Reino, sancionado por la costumbre. Sin embargo, no podrá el hijo concretar la eleccion á cierto tiempo, es decir, hasta cierto dia; sino que el elegido disfrutará del mayorazgo por todo el tiempo de su vida, arg. l. últ. §. 3. D. *de asign. libert.*, junto con la l. 1. alegada allí por la Glos.: esto procederá sin dificultad, cuando de los términos de la fundacion resultare que el elegido debia disfrutar el mayorazgo durante la vida, por ej., si en la escritura se leyere, *mi hijo elija uno de sus hijos al tiempo de su muerte, y el que fuere elegido podrá á su vez elegir cuando muera, ó en el decurso de la vida*, *uno de sus hijos:* pero opino que en todo caso la eleccion, atendido su carácter, ha de ser para todo el tiempo de la vida, arg. d. l. últ. §. 3., junto con la Glos.; además, al conceder el Príncipe la autorizacion, parece haberlo hecho, atendiendo á la costumbre que se observa en nuestros mayorazgos, la que no está conforme con la sucesion para determinado tiempo: así lo deciden sobre un punto análogo, Andr. Sicul. cons. 10. vol. 2., Déc. cons. 397. vol. 3. y Bart. en la l. 57. D. *ad Trebell.*

Adviértase además, que las facultades que atribuye la autorizacion real no alcanzan hasta poder nombrar un enemigo del rey, arg. l. 88. §. 11. D. *de leg.* 2. y hace al propósito la l. últ. C. *de pact. int. empt. et vendit.*, en fuerza de cuyo testo, decian la Glos. y Bald. en el cap. 1. pr. *de prohib. feud. alien. per Freder.*, que, si el señor dá licencia para vender el feudo á un amigo, no podrá el vasallo venderlo á un enemigo de aquel: hace tambien al caso lo anotado por Bald. en el §. *porrò, quæ sit prim. caus. benef. amitt.*, sobre el vasallo que afianza por el enemigo de su Señor: añád. Bart. en la extravag., *ad reprimendum*, glos. sobre la palabra *videbitur*, vers. 2. *casu principali.* Empero obsta lo anotado por Bald. en la l. 24. C. *de episcop. et cleric.*, col. 8., donde tratando de si el albacea puede elegir á un pobre, enemigo del testador, resuelve afirmativamente, en el supuesto que dicho pobre no fuese indigno, pues que habiendo muerto el testador confesado y contrito, debió haber depuesto sus enemistades, segun lo anotado en las Instit., *de injur.*, al fin; y añade que ese último estremo se articule; empero, si la persona era indigna, dice, no pudo ser elegida, segun lo anotado en la l. 27. C. *de fideicom.*

El que tiene la facultad de elegir entre sus hijos para el mayorazgo, podrá fundarlo en beneficio de un póstumo? Así parece, segun la l. 5. D. *de oper. libert.*

Supóngase que la autorizacion para fundar mayorazgo á favor de uno de los hijos, se ha concedido simplemente, sin espresar que los demás pudiesen ser gravados en sus legítimas: en semejante caso parece que estas deberán quedar integras, aunque en la escritura de autorizacion se leyese que podia crearse *libremente* el mayorazgo, arg. l. 35. pr. C. *de inoff. testam.*, y así opina Rodr. Suar. lug. arriba cit., fol. 66., col. 1.; añád. Abb. en el cap. *dilecti*, *de judic.*, vers. *quid. si potestas*, y sig.

El que se halla autorizado para fundar mayorazgo á favor de un hijo, podrá verificarlo, llamando á un espurio, no teniendo hijos legítimos? Toqué mas arriba esta cuestion, la que creo debe resolverse negativamente, no pudiendo con fundamento pretenderse que semejante autorizacion general comprenda al incapaz, arg. d. l. 88. §. 11. y Bald. en la l. 14. C. *de fideicom.*: hace tambien al propósito lo anotado por Paul.

de Castr. en la l. 123., §. 1. D. *de leg.* 1., donde decide, respecto de una muger instituida por su marido con el gravámen de distribuir la herencia entre los pobres al tiempo de su muerte, pudiendo elegir uno, ó muchos, si quisiere; decide, digo, que en este caso no podrá elegirse una persona incapaz, arg. d. l. 88. §. 11., y alega tambien el Spec. tit. *de Instrum. edit.*, §. *nunc verò aliqua*, adit. *continuatur etiam hic alia quæstio:* lo mismo decide Bart. en la l. últ. D. *de his quib. ut indign.*, por mas que Castro lo cite, como de parecer opuesto.

La autorizacion de que se trata, por lata que sea, será ineficaz, si la persona autorizada carece de la testamentifaccion activa, ó de otra suerte, es incapaz de disponer de sus bienes, arg. l. 120. D. *de verb. signif.*, junto con la Glos., y hacen al propósito el §. 4. Instit. *de hæred. qualit. et differ.* y la cit. l. 35.; añad. cap. *si gratiose*, al fin, *de rescript.* lib. 6. y cap. *dudum* y 2. *de elect.*: en ese punto mas puede la incapacidad que el privilegio, l. 45. §. 3. D. *de excus. tut.* y, como dice el filósofo, *actus activorum sunt in patiente benè disposito*, cap. *venerabilem*, *de elect.* No obstante, esceptúese el caso que el Príncipe hubiese sido sabedor de la incapacidad, al conceder la autorizacion para el mayorazgo; hay entonces una dispensa tácita, si la incapacidad es de aquellas que el Príncipe pueda dispensar, l. 12. D. *de excus. tut.* y l. 57. D. *de re jud.*

De aqui puede inferirse, que si el Rey dió permiso para testar libremente de alguna villa ó castillo que se poseia á título de mayorazgo; podrá en efecto disponer el poseedor en perjuicio del sucesor inmediato, v. l. 3. pr. D. *de bon. libert.*: esto deberá limitarse tal vez á los mayorazgos que procedan esclusivamente del Príncipe ó de la ley civil; y no estenderse á los que traen su orígen de contrato, ó del derecho de gentes, respecto del cual no cabe la dispensa del Príncipe, como lo demostré en cierto alegato á favor del márques de Montemayor.

Habiéndose alcanzado autorizacion para fundar mayorazgo á favor de uno de los hijos, podrán crearse dos ó mas mayorazgos en beneficio de otros tantos hijos, ó bien llamarlos juntos al mismo mayorazgo? Parece que no, atendido que segun el cap. *recepimus* y el cap. *porrò*, *de privileg.*, en materia de privilegios debe procederse con arreglo al literal contesto del documento de donde resultan; dedúcese al parecer lo mismo de la l. 42. D. *de hæred. instit.*, junto con la Glos., de la que parece inferirse, que el primer mayorazgo seria el subsistente. Empero, prueba lo contrario la l. 1. pr. y §. 1. D. *de asign. lib.*; *quamvis in singulare sermone*, dice, *senatusconsultum scriptum est, tamen et pluribus liberis, et plures libertos libertasve posse asignari certum est.* Ademas, hallamos, que aun cuando el testador hubiese dispuesto, que se restituyera la herencia á uno de la familia, podrá la restitucion verificarse á dos ó mas, l. 67. §. 4. D. *de leg.* 2. y allí Bart. é Imol., Paul. de Castr. y Bald. en el §. 2. y Bart. en el §. 5. de d. l., el cual añade que, si se hubiese dispuesto que se restituyera la herencia á dos, podrá restituirse á uno solo. Tengo esta segunda opinion por mas acertada, pues que no hay inconveniente en que nos separemos algunas veces del tenor literal del privilegio, mientras quede salvo su espíritu, Bald. en d. l. 67. é Imol. en el cit. §. 4. de la misma: ahora bien, como la intencion del Príncipe al conceder la indicada autorizacion se reduce á facilitar el medio para que la cosa no salga de la familia, accediendo á la súplica del interesado; lo que se consigue, ya llame este un hijo solo, ya dos ó mas al mayorazgo; es evidente que semejante interpretacion la admitirá el privilegio, mayormente cuando los bienes fuesen de tanta cuantía que bastáran para dos ó mas mayorazgos, como observa Paul. de Castr., tratando de la manda hecha para fabricar un hospital, en cuyo caso, dice, los albaceas podrán fabricar mas de uno, si los bienes alcanzan. Hállase esto confirmado por la l. 19. de Tor., donde se espresa, que si bien la ley del Fuero autoriza para mejorar en el tercio á uno de los hijos, podrá el padre mejorar en dicha parte á dos ó mas; y asi opinaba ya el Dr. de Segur. en la repet. á d. l. 67. §. 5., fol. 8. col. 2. vers. 6. y fol. 14. col. 1. al fin. Si por el contrario la autorizacion fuese para fundar un mayorazgo á favor de dos ó mas hijos, parece que el padre no podrá llamar á uno solo, porque resultaran de aqui perjudicados los demas hijos, cuyos derechos quiso poner en salvo el Príncipe: y no obstan los §§. 2. y 5. de d. l. 67., porque en el caso de que allí se trata, no se contravenia á la intencion del testador, reducida á que los bienes quedaran en la familia. Viene en confirmacion de lo dicho lo que en fuerza de la cit. l. dice Bart. en la l. 1. D. *de opt. leg.*, á saber, que si el testador manda distribuir sus bienes entre los pobres, que designe *F.*, este no podrá concretarse á uno solo, y alega tambien la l. 3. D. *de ann. leg.*: sin embargo véase sobre esta cuestion Imol. en d. §. 4., el cual opina que debe atenderse á las conjeturas que puedan indicar la voluntad del testador. Por lo dicho puede contestarse á la cit. l. 42., que allí se trata del perjuicio de los acreedores, perjuicio que no tiene lugar en la cuestion del mayorazgo.

En virtud de la indicada autorizacion podrá el padre crear el mayorazgo por via de donacion á favor de un hijo que tenga bajo su poder? Asi parece atendida la l. 17. de Tor., y segun Bald. en la auth. *si quas ruinas*, vers. *juxtà hoc, quæro utrum*, C. *de sacros. Eccles.* y Paul. de Castr. en la l. 109. pr. D. *de leg.* 1. Podrá crearse á favor del hijo póstumo? Asi resulta de la l. antepen. D. *de leg.* 1· Por lo que mira al hijo que se halla en poder de los enemigos, véase la l. 32. §. 1. D. *de hæred instit.* y la l. 7. D. *quand. dies leg. ced.* junto con la glos.

Supóngase concedida la autorizacion para un mayorazgo á favor de uno de los hijos, al que tenia diferentes hijos ¿podrá crearlo llamando un nieto que tiene de uno de dichos hijos? Es de advertir que bajo la palabra *hijos* no vienen comprendidos los nietos, cuando se trata de perjuicio de tercero, Bart. en la l. 220. D. *de verb. signif.* col. 3., l. 8. pr. D. *de excus. tut.* y Bald. en d. l. y en el §. *quia vidimus*, *de his qui feud. dar. poss.*: asi pues, parece que no podrá llamarse al nieto, mientras existan hijos; ahora, faltando estos, y siendo el nieto el único natural y legítimo, podria el abuelo crear á favor del mismo el mayorazgo, en virtud de la autorizacion concedida: sin embargo, en cuanto al gravámen que afectare á la legítima, seria necesario que dicho nieto prestara su consentimiento delante del Juez, en virtud de la l. 35. §. 2. C. *de inoff. testam.*; y si bien en tal caso podia el mayorazgo fundarse sin licencia del Príncipe, no obstante no era inútil la autorizacion concedida al efecto de que los vínculos, restituciones y submisiones se estendieran mas allá de la cuarta generacion, contra lo prevenido en la nov. 159., y al efecto de impedir que el dominio de las cosas vinculadas se trasfiera á terceras personas. Empero, si el nieto fuere bastardo ó natural, no vendrá comprendido en la autorizacion, pues que se entiende, como dije mas arriba, que el Príncipe se concretó á los hijos legítimos y naturales. Lo que he dicho antes, que el nieto no podrá ser llamado, mientras existan hijos, parece no debe entenderse del caso que hubiese fallecido su padre, pues que entonces viene á ocupar el lugar del mismo; viene en apoyo de esto lo que dice Bart. en la cit. l. 220., col. 4., á saber, que la ley que escluye las hembras, mientras existen hijos varones, procederá tambien, cuando no exista mas que un nieto. Lo dicho tendrá tambien lugar, aunque la licencia real espresase que el mayorazgo debia crearse á favor de un hijo nacido del que la habia solicitado; pues que, muerto el hijo, vendria bajo este nombre comprendido el nieto, segun lo anotado por Bart. en d. l. 220. al fin. col. 5. Adviértase en limitacion de lo que llevo dicho, que si existen otros hijos, el nieto ha de haber sucedido en el lugar de su padre, y que si fuere solo, debe dar su consentimiento por lo que mira al gravámen que pueda esperimentar en la legítima, como se ve por lo que he espuesto mas arriba, y asi opinan Bart. en d. l. 220. col. 3., y la Glos. en la l. 84. D. *de verb. signif.* Podria tambien sostenerse que no habia inconveniente en llamar al nieto al mayorazgo, aunque viviera su padre, atendido que lo dejado al hijo se entiende dejado al mismo padre, cuando se hace por consideracion á este, arg. l. 2. pr. y §. 1. y l. 3. D. *de asign. libert.*, y viene en apoyo de lo mismo la l. 6. D. *de collat. bon.*, junto con lo anotado por Bart.; ademas si algo debe dejarse al padre en fuerza de la ley, se entenderá tambien cumplida esta, si la manda se hace al hijo que aquel tiene bajo su poder, l. 3. D. *de leg. præst.*: agrégnese á esto que la disposicion paterna debe sostenerse del mejor modo posible, l. penúlt. D. *de testam. milit.* arg. l. 18. de Tor., y l. 2. §. 20. vers. *et quid si nepotibus*, D. *ad Tertyll.*, cuyo testo habla tambien en materia penal. Sin embargo, tengo por mas cierto que, existiendo el hijo, no podrá ser llamado el nieto al mayorazgo; v. Alex. en la l. 57. §. 2. D. *ad Trebell.*: el padre no siempre adquiere lo deferido al hijo, l. 3. §. 2. D. *de leg. præst.* y allí Bart., á no ser que la disposicion se hiciere espresamente en beneficio del mismo padre, d. l. §. 3. y Bart. en d. §. 2. y v. Socin. cons. 241. col. 10. vol. 2.: añad. Bart. en la l. 29. D. *de lib. et posth.* y Juan de Plat. en l. 1. C. *de priv. eor. qui in sacr. palat. milit.*

Qué dirémos, si concedida la licencia real en la forma de costumbre, el padre hubiese fundado el mayorazgo entre vivos, ó por última voluntad, llamando á uno de sus hijos, y despues de su muerte al nieto hijo de este; y sucediere que en vida del padre falleciese el hijo, sin haber poseido el mayorazgo? Cristob. de Miess., varon esclarecido y para mí muy respetable (que falleció en la órden seráfica, y escribió un tratado intitulado *Triumphus Christi* contra los infieles) en una de muchas cuestiones sobre la materia que en el decurso de sus meditaciones apuntó, sin órden, esperando mas adelante tratarlas en regla, se inclina á que en el caso propuesto no subsistirá el mayorazgo en la persona del nieto, dando por única razon que parece un mayorazgo distinto, al cuál la autorizacion concedida no alcanza, en el supuesto que el nieto fuese solo, esto es, si no existian otros hijos; y alega únicamente lo anotado por la Glos. en d. l. 84. y Bart. en la cit. l. 220. col. 3. Sin embargo, yo me decido á favor del mayoraz-

go, atendido que el nieto viene llamado en virtud de la escritura de fundacion, arreglada al tenor de la licencia real; y de consiguiente no puede decirse que haya aqui un nuevo mayorazgo, arg. l. 67. §. 1. D. *de leg.* 2.: además, ya se considere vulgar, ya compendiosa la sustitucion de este nieto, nada hay que obste para que suceda, aunque su padre haya muerto en vida del abuelo; en efecto, el sustituto es llamado en virtud de la vulgar, aun cuando el instituido premuera al testador, l. 9. D. *de vulg. et pupill.* l. 41. §. 16. D. *de fideicom. libert.* y la Glos. y Bart. en la l. 29. §. 1. D. *de lib. et posth.*; lo que tambien tiene lugar, aunque el sustituto venga llamado en virtud de la vulgar comprendida en la compendiosa, Cyn. en la l. 8. C. *de impub. et al. substit.*, Bart. en la l. 15. D. *de vulg. et pupill.* y Bald. cons. 170. vol. 5. Corrobora lo mismo la l. 88. §. 9. D. *de leg.* 2., donde se espresa que la manda con que se gravó á los instituidos y sustitutos para el caso de no tener hijos, pesa sobre los herederos legítimos, siempre que aquellos hubiesen premuerto al testador; hace tambien al propósito la l. 10. princ. D. *de condit. et demonst.*

Qué dirémos, si en uso de la licencia real para crear mayorazgo en uno de los hijos, el padre hubiese nombrado para suceder al mayorazgo, un hijo que le premurió ¿podrá otra vez en uso de la misma facultad crear el mayorazgo á favor de otro hijo? Parece que no, arg. l. 9. D. *de cur. fur.*; á mas de que la licencia real espiró, hecha la primera eleccion, l. 89. §. 1. D. *de verb. signif.* Esto no tiene dificultad, si el primer acto llegó á perfeccionarse, habiendo aceptado y poseido el mayorazgo el hijo nombrado; empero, fuera de esto parece podrá procederse á la eleccion de otro hijo, arg. cap. *si compromissarius* y cap. *si electio*, *de elect.* lib. 6., y asi opina Oldr. cons. 57.; ademas hace al propósito lo anotado por Felin. en el cap. *innovamus*, *de treg. et pac.* Añádase que si el fundador del mayorazgo lo hubiese revocado, esto es, en el caso que se lo permiten las leyes de Toro, parece que no podrá fundar otro sin nueva licencia real, arg. d. l. 89. §. 1., l. 21. D. *qui et à quib. manum. liber. non fiant* y l. 25. D. *de condit. et demonstr.*

Si el Rey hubiese concedido licencia para crear mayorazgo á favor de un hijo determinado, ¿podrá el padre, si falleciere este hijo, crear el mayorazgo á favor del nieto hijo del premuerto? Parece que no, atendida la l. 16. pr. y §. 1. D. *de testam. tut.*, donde Bart. dice, que bajo el nombre de hijo no se comprende el nieto, cuando aquel hubiese sido designado con su nombre propio: hace tambien al propósito la l. 29. D. *de lib. et post.*, de lo que resulta que no se estiende á los nietos la institucion hecha á favor del hijo; viene tambien en apoyo de esto lo anotado por Bart. en la cit. l. 120. col. 2., alegando d. l. 29. §. 6.; añad. l. 191. D. *de reg. jur.*, junto con la Glos. Por igualdad de razon, muerto el hijo á favor del cual debió crearse el mayorazgo, no podrá ser llamado otro hijo.

Empero, si en el mismo supuesto de haber fallecido el hijo, á favor del cual podia el mayorazgo fundarse, nació al padre otro hijo al cual puso el mismo nombre que llevaba el que habia perdido, ¿podrá crear el mayorazgo á favor de este nuevo hijo? Asi parece, arg. l. 28. §. 1. D. *de condit. et demonstr.*, en la que parece tratarse una cuestion análoga. Sin embargo opino lo contrario, atendido que pereciendo la cosa, desaparece el privilegio, y aunque aquella vuelva á aparecer, este no revive, á no ser que se repita por el mismo que lo concedió; asi opinan los DD. y en particular Imol. en la l. 83. §. 5. D. *de verb. oblig.*; asi es que los castillos antiguos inhabitados, no pueden recomponerse sin el permiso del Príncipe, Inoc. en el cap. *Pisanis*, *de restit. spoliat.* y Bald. en la l. 1. vers. *in initio*, D. *de off. præf. urb.*, y hace al caso la l. 38. §. 6. D. *de leg* 3. No obsta la cit. l. 28. §. 1., porque en el caso de que allí se trata todo dependia de la voluntad del testador, quien se presume no haber revocado el legado de una esclava, por la enagenacion que hizo de la misma, pues que habia dado igual nombre á la que compró en lugar de aquella: ahora, en nuestro caso no debe atenderse únicamente á la intencion del que crea el mayorazgo, sino que tambien es preciso contar con la voluntad ó poder del Príncipe: este es el parecer del cit. Cristob. de Miess. en sus cuestiones.

Cuando el rey concediere á una persona la libre facultad de amayorazgar, ¿se entiende esta persona autorizada para prescindir de las solemnidades de derecho y de la incapacidad de los herederos? Asi parece, arg. ll. 1. y 13. pr. y §. 1. D. *de testam. milit.*, y allí Bart. Sin embargo, véase lo que dije mas arriba sobre este punto, y adviértase que semejante cláusula dispensa de lo que es de derecho civil, mas no de la observancia del derecho natural.

El que creó un mayorazgo, en virtud de licencia real, y lo revocó despues, ó rasgó el instrumento ¿podrá al cabo de mas ó menos tiempo reproducir la disposicion revocada? Parécenos que no, atendido que, con el primer acto válido espiró la licencia real, de lo que se sigue ser necesaria nueva licencia para restablecer el mayorazgo: viene en apoyo de esto la l. penúlt. §. ult. D. *de bonor. poss. sec. tab.*, cuando dice, *neque putaverit*

quisquam nuda voluntate constitui testamentum. Ademas, para reproducir un acto, se requiere la misma solemnidad que fue indispensable la vez primera, l. 7. C. *de nupt.* y allí Bald., véas. Jas. en la repet. á la l. 2. D. *de flum.*, últ. cuest., sobre el molino que queda enteramente destruido. Empero, parece deducirse lo contrario de lo anotado por Abb. en el cap. *per tuas*, *de donat.* 4. notab., donde fundado en el mismo testo, dice, que el que rehabilita, ó reintegra un acto, no se entiende verificarlo de nuevo, y de consiguiente, que sigue respecto de la rehabilitacion la licencia anteriormente concedida: añade, que no parece obstar la cit. l. 7., atendido que en el caso de la misma el padre habia adquirido en virtud del divorcio un derecho á la dote que habia dado á la hija; mientras que en nuestro caso, el Rey no adquirió derecho alguno, y por lo mismo falta el fundamento que podria hacer indispensable la nueva licencia. Ademas, no ignorando el Príncipe que el acto para el cual concedia esta licencia, era revocable hasta la muerte, segun la l. 44. de Tor.; parece fue su intencion otorgarla para un segundo acto constitutivo de mayorazgo, caso que el primero se hubiese revocado, arg. l. ult. C. *de non numer. pecun.*, junto con lo anotado en ella: entiéndese que el Príncipe se refirió á la constitucion de mayorazgo que debia tener efecto, y no á la revocable, segun lo anotado por Felin. en el cap. 2. *de treug. et pac.*, interpretando la l. 89. §. 1. D. *de verb. signif.* Es interesante para esta materia lo que dice Bald. en el cap. *cum accessissent*, *de constit.*, col. 5. n. 17., fundándose en el mismo texto; estas son las palabras de Bald.: *item nota quod ubi resurgit dignitas, resurgit confirmatio dignitatis, quia resurgit per dispositionem juris communis, neque est opus quod Papa de novo confirmet statum super hoc dictum, ex quo non intelligitur nova creatio, sed quodammodo redire ad naturam suam, facit* l. 18. §. *fin. D. de jur. fisc. et l. fin. D. de minor.*: contesta allí al argumento deducido de la cit. l. 7., y mas abajo en el mismo número añade; *oportet quod in nova creatione interveniat auctoritas summi Pontificis, sed in reparatione non requiritur nova auctoritas Papæ;* y mas abajo prosigue; *porrò non dicitur omninò extincta, quando superest aliqua spes, vel indicium reparationis, vel aliquis habitus vel figura remanet, vel memoria in codicibus Ecclesiæ non cancellatis;* y aduce la l. 4. §. 4. D. *de pecul.* Esto último en particular se acomoda muy bien á la cuestion presente, pues que en nuestro caso quedará siempre en los registros el testimonio de la licencia del Rey, y de consiguiente, no seria destruido en todas sus partes el acto constitutivo del mayorazgo (véase lo que dije en la l. 24. tit. 1. de esta Part., junto con la l. últ. D. *de his quæ in testam. delent.*): pero yo hallo aun un argumento mas fuerte en el cit. cap. *cum accessissent;* en efecto, si á pesar de no poderse crear una nueva dignidad sin la licencia del Papa, segun el cap. 1. dist. 22.; si á pesar de esto, digo, pudo el Cabildo restablecer la dignidad de que se trata en el cit. cap. *cum accessissent*, en virtud de la licencia primitiva, no obstante que la misma dignidad se habia estinguido por la autoridad del mismo Papa; parece que, aun cuando el Príncipe hubiese consentido en la revocacion del mayorazgo, podrá el que obtuvo la licencia reproducirlo de su propia voluntad, esto es, en virtud de la autorizacion primitiva.

Si la autorizacion para el mayorazgo es concedida á una persona designándola por su nombre propio y por el título que lleva, por ej., *á Juan conde de tal*, ¿podrá el sucesor usar de dicha autorizacion, si aquel no lo hubiese verificado? Decídase por lo que dice Bald. en el cap. 1. §. *marchio*, vers. *pone concessum est privilegium*, *de his qui feud. dar. poss.*: hace al caso lo anotado por el mismo Bald. en la l. 1. §. 3. D. *de reb. eor.*

Vamos á tocar una cuestion interesante: Suele el Rey autorizar, ora la enagenacion, óra la obligacion de algunas cosas de mayorazgo, por razon de la dote y arras, lo que parece está en sus facultades, por derivar de su mismo poder el mayorazgo, segun lo anotado por Bald. en la l. 3. C. *unde liberi*, col. antepenúlt. y en otros varios lugares, y hace al propósito lo anotado por él mismo en el cap. 1. §. *hoc quoque*, *de success.*, col. 2.; y en efecto, si la ley muerta puede autorizar por motivo de la dote y arras la enagenacion de las cosas que por punto general no pueden enagenarse, auth. *res quæ*, C. *comm. de leg.*, lo mismo debera decirse de la ley viva, esto es, del Príncipe. Ahora bien, puede haber casos en que se le niegue semejante facultad, si de ahí pudiese provenir la destruccion del mayorazgo? Parece que podrá negársele, cuando hubiese concedido la licencia para el mayorazgo recibiendo precio por ella, ó bien en remuneracion de algun servicio; procediendo entonces de contrato la licencia, no caben facultades al Príncipe para revocarla, ni aun indirectamente, concediendo la autorizacion de que se trata, arg. Glos. en la l. 15. D. *de decret. ab ord. fac.*, l. 2. D. *de jur. immun.*, Bart. en dd. ll. y en la l. 9. D. *de just. et jur.* n. 29., Bald. en d. l. 3. C. *und. liber.* y Paul. de Castr. en la l. 4. C. *de legib.* Adviértase que aun en el caso que semejante autorizacion deba subsistir, si el po-

seedor del mayorazgo que la recibió, murió antes de haber consumido el precio, deberá este precio invertirse en beneficio del mismo mayorazgo, arg. l. 29. D. *de oper. libert.*, junto con la Glos.

Por la l. 42. de Tor. la licencia real debe preceder al mayorazgo, si bien subsistirá, si despues de haberse fundado, el Príncipe lo confirma: esto sentado, pregunto si valdrá el mayorazgo en el caso que la confirmacion del Príncipe tuviese lugar despues de la muerte del fundador, y á instancia del primogénito: así parece segun lo anotado por Bart. en la l. 29. §. 5. D. *de lib. et posth.* col. ult., vers. *quandoque ipse filius petit se legitimari;* véase mas abajo esta misma glos.

Supóngase la disposicion siguiente: *lego á mi hijo Juan el tercio á título de mayorazgo, ó bien el mismo tercio y tales y tales fincas, de lo que fundo mayorazgo, si el Rey lo confirmare, y asi se lo suplico;* muere el testador antes de la confirmacion, y tambien el hijo antes que la misma hubiese tenido lugar: ¿transmitirá este hijo á sus herederos el legado del tercio, pues que no necesitaba de confirmacion alguna? Parece que no, y que ni aun podrá pedirse por los descendientes de dicho hijo la confirmacion del mayorazgo, arg. l. 16. pr. D. *quand. dies leg. ced.*, y allí Bart. y l. 25. d. tit.: no obsta la l. 14. d. tit., porque habla del caso en que se invalida uno de los legados por muerte del legatario, purificándose por esta causa el otro que se hallaba en alternativa; de lo que se sigue, que si en nuestro caso el testador hubiese dicho, *lego á mi hijo Juan tal cosa en mayorazgo, ó tal y tal cosa si se obligare á pagar á mis hermanos la cantidad de tanto;* tendríamos, que muriendo el hijo antes de cumplir la condicion, quedara purificado el legado en la primera parte de la alternativa, segun la cit. l. 14. Lo mismo tendrémos, aunque la disposicion no sea alternativa, por ej., *lego á mi hijo tales fincas en mayorazgo, si el Príncipe lo confirma, y caso que no lo confirmase, fundo un mayorazgo del tercio de los bienes;* pues entonces, aunque el hijo muera antes que recaiga la resolucion del Príncipe, trasmitirá á su hijo el indicado tercio, l. 33. D. *de hæred. instit.*, sin que obste la l. 13. D. *quand. dies leg. ced.*, porque en nuestro caso la cosa legada debia trasmitirse á todo evento á título de mayorazgo; á mas de que en las disposiciones de esta clase, el testador no solo se dirige al primer llamado, sí que tambien á todos los descendientes; asi es que no hay necesidad de atender á si cedió ó no el legado, al efecto de la trasmision, pues que cada uno de los descendientes se entiende llamado directamente; v. Glos. en d. l. 13., l. 60. D. *de condict. indeb.*, l. 30. D. *de acquir. hæred.*, l. 3. D. *si pars hæred. pet.*, l. 36. D. *de solut.*, l. 16. §. ult. y l. 17. §. 1. D. *de leg.* 1.

Adviértase que es de ningun efecto la confirmacion, si al tiempo que se espide hubiese caido en la demencia ó locura el que dispuso el mayorazgo, l. 48. D. *de acquir. hæred.*, v. l. últ. D. *de bonor. poss.* y allí la Glos. y Bart.

Adviértase tambien que en la licencia real se suele continuar la facultad de aumentar el mayorazgo: puede dudarse algunas veces si lo que se añadió debe considerarse como parte del mayorazgo mismo; hacen al propósito las ll. 243. D. *de verb. signif.*, y 108. D. *de condit. et demonstr.*, junto con lo anotado por Bart. en la l. 54. al fin D. *de leg.* 3.

Supongamos un comerciante que á consecuencia de sus operaciones tenga capitales en el estrangero, donde por ser mas limitada la legítima de los hijos, no se hace indispensable acudir al Príncipe para amayorazgar; ahora bien, podrá este comerciante disponer que de dichos capitales se compren bienes raices, al efecto de que queden estos vinculados en los términos que permiten las leyes de aquel reino? Parece que no le será permitido, pues que en cuanto á los capitales, y en general, respecto de los bienes muebles, se atiende á la persona y no al lugar, Bald. en la l. 4. C. *de commerc. et mercat.*, y Salic. en las ll. 1. C. *de summ. Trinit.*, 35. §. 3. D. *de hæred. instit.* y 41. §. 6. D. *de leg.* 3., y latamente Juan Lecirier en su tratado del derecho de primogenitura, lib. 2. cuest. 8., donde despues de haber citado la decision de Bald. en el cap. *de pac. juram. firm.* [debe decir, *de pace tenenda*] col. 2., n. 9., á saber que los bienes muebles se reputan del territorio donde se encuentran, y que el fisco del mismo los ocupa; por fin, conviene con Salic., lugar arriba cit. Qué diremos de los bienes inmuebles? Véase al mismo Lecirier, lug. cit., cuest. 7.

Supóngase que un padre autorizado para fundar mayorazgo dijere verificarlo del tercio y quinto, empero designare bienes que esceden á dichos tercio y quinto; se sostendrá el mayorazgo en virtud de la licencia real, respecto de todos los bienes designados? V. Bart. en la l. 4., al fin, D. *de decret. ab ord. fac.* y el cap. *nisi essent*, *de præbend.*, y allí Abb.

Adviértase, que si el que fundó un mayorazgo en virtud de autorizacion, pidiere y alcanzare permiso para revocarlo, no se entenderá por este solo hecho revocado, l. 4. §. últ. D. *de cens.* y el cap. *ex tenore de rescript.*, junto con la Glos.

Si el que con autorizacion real, ó en vir-

tud de la l. de Tor. creó un mayorazgo á favor del primogénito con el gravámen de ciertos legados á los demas hijos; y lo revoca despues fundando otro mayorazgo en beneficio del secundogénito, se entenderá haber repetido aquel gravámen? Asi parece, arg. l. 13. pr. D. *de alim. et cib. leg.* y allí Bart.

Veamos otro caso: el Rey autoriza á un sugeto para fundar mayorazgo, con la condicion que consienta su muger, ó alguno de sus hijos: dicho sugeto dispone el mayorazgo bajo la condicion indicada, y sucede que la persona designada consiente, pero en ocasion que aquel habia sido deportado, ó se hallaba en poder de los enemigos, ó bien *in articulo mortis*, privado del habla: parece que no subsistirá semejante mayorazgo, segun se deduce de la notable decision de Bart. en la l. 5. pr. D. *ut leg. seu fideicom. nom. cav.*; empero tal vez la nulidad deberá limitarse al caso que el fundador sea incapaz de derecho, por ej., si se hallaban confiscados sus bienes, caso al que se refiere Bart., ó bien, si estuviere en poder de los enemigos; y no deberá estenderse la nulidad al supuesto que el impedimento sea de hecho, por ej., si hubiese perdido el habla; pues que, presumiéndose entonces que sigue en la misma intencion, l. 14. D. *de probat.* y Glos. en el cap. *de nept.* 31. q. 2., el consentimiento viene á recaer en tiempo hábil, y de consiguiente debe valer el acto: empero no subsistirá, si la persona indicada prestare su consentimiento despues de la muerte del testador, arg. l. 4. D. *de manum. vind.*

Supóngase que el permiso real es con la condicion de dotar competentemente á las hijas; añádase que si bien el padre las dotó en ciertos bienes, estos les fueron vindicados por un tercero; ¿tendrán en este caso las hijas la accion para el saneamiento, ó bien, el derecho de pedir que se declare la nulidad del mayorazgo por falta de cumplimiento de la condicion? Parece aprobar lo segundo la l. 8. §. 5. D. *de bon. libert.*

Si el Príncipe facultó á un padre para fundar mayorazgo á favor de uno de sus hijos, podrá tener efecto la autorizacion si no existiere mas que un hijo? Parece que no, arg. ll. 1. pr. y 5. D. *de asign. libert.* y la Glos. en las Instit. *de asign. libert.*; empero persuade lo contrario el que nada hay en este caso que se oponga á la intencion del Príncipe, pues que con mayoría de razon hubiera concedido el permiso, sabiendo que no existian otros hijos á quienes pudiese perjudicarse en la legítima: ademas, el caso de las cit. ll. es distinto del presente, pues que allí se trata de una mejora que ha de recaer en dos ó mas; mientras que es generalmente uno solo el llamado al mayorazgo.

Adviértase, que si bien la licencia real debe preceder á la creacion del mayorazgo, segun la l. 42. de Toro, sin embargo subsistirá tambien este, si una vez creado, el Príncipe lo confirma, como se colige de la cit. l. y pruébalo lo anotado por el Hostiens., Cardin. y Abb. en el cap. *innotuit, de elect.* y por el Prepos. Alexand. en el cap. *quicumque*, el 2. dist. 50. Pero el que obtuvo semejante confirmacion podrá revocar el mayorazgo que dispuso entre vivos? Asi parece, á no ser que hubiese mediado tradicion, ó que el mayorazgo se constituyera por causa onerosa, l. 44. de Tor.: es verdad que esta ley se refiere al supuesto de haber precedido la licencia, pero no hay razon para que no se entienda lo mismo en el caso de confirmacion, porque esta debe considerarse con arreglo á la naturaleza del acto que se confirma, l. últ. C. *de non numer. pec.*: medítese este punto.

Si la persona nombrada para suceder al mayorazgo era incapaz, y el Príncipe la habilitó; podrá revocarse el mayorazgo en los casos en que por la ley es permitido? Por lo que dice Alex. lug. arriba cit. deberíamos resolver afirmativamente en el único caso de ignorarse la capacidad por el fundador del mayorazgo.

Adviértase, que en virtud de la licencia real para fundar mayorazgo á favor de uno de los hijos, podrá ser llamada una hija, si no existen hijos varones, como dije en la l. 2. tit. 15. Part. 2.; v. l. 2. §. 28. D. *ad Tertull.* y allí Bart.

Otorgada dicha facultad de fundar mayorazgo á favor de uno de los consanguíneos, parece que no podrá ser llamado uno que lo sea de parte de madre, segun la l. 1. D. *de jur. immun.*; empero, me inclino á creer lo contrario, atendida la significacion que entre nosotros se da á dicha palabra.

La revocacion que el Rey hiciere de las licencias para mayorazgo, otorgadas por él en cierto tiempo, parece que no se estenderá á los ya creados, mayormente cuando ha habido ya traslacion de dominio al sucesor, como se deduce de lo anotado por Bald. en la l. 1. D. *solut. matrim.*, col. 3. vers. *et facit ad quæstionem*, donde afirma, que no se revoca la traslacion del dominio, aunque el Príncipe hubiese espresado revocar la autorizacion concedida, en cuanto á los efectos que hubiese producido. Ademas, parece que la revocacion dicha no comprenderá los mayorazgos que en virtud de la ley del reino pudieron crearse sin licencia real, esto es, en el tercio y quinto; porque el Príncipe deroga el privilegio concedido por él, mas no el de la ley: hace al propósito la l. 7. D.

de inj. rupt.

La ley de Toro que exige que la autorizacion real preceda, será tambien aplicable al caso que el fundador del mayorazgo no tenga mas de un hijo? Hallo que el cit. Miess. en sus cuest. pone esta escepcion á la ley de Toro, aduciendo la l. 12. pr. D. *de inj. rupt.* junto con lo anotado allí por Bart.; pero yo no sé ver la razon de diferencia, siendo igual la cantidad de la legítima, ora sea uno, ora sean muchos los hijos; la única diferencia que encuentro está en que, no habiendo mas que un hijo, no cabe la mejora, pero de aqui resulta mayor gravámen producido por el mayorazgo, pues que el tercio jamas podia faltar á dicho hijo único gravado. Otra escepcion admite el cit. Miess., á saber, en el supuesto que se hubiese revocado ó de otra suerte invalidado el mayorazgo que se creó con licencia real; entonces, dice, revivirá el mayorazgo, si el Príncipe repite la autorizacion, arg. l. 6. §. 5. D. *de inj. rupt.* y allí Bart. pr. y penúlt. oppos. y en la l. 12. d. tit. pr. y 3. oppos.

Supóngase que se concede autorizacion para fundar mayorazgo á favor de un hijo bastardo, si se legitimare; añádase ahora que el padre lo llamó al mayorazgo antes de la legitimacion, la que tuvo lugar despues: parece que no podrá suceder dicho hijo, asi atendida la cit. l. de Toro, como por las ll. 62. y 49. §. 1. D. *de hæred. instit.* Sin embargo, si en el acto de la legitimacion espresare el padre que la verifica á fin de que el legitimado suceda al mayorazgo, parece que en efecto deberá suceder, arg. l. 18. D. *de inj. rupt.* y l. 39. §. 1. D. *de leg.* 3.; hace al propósito lo que dice Jas. en la repet. á la l. 2. D. *de flum.*, cuest. 21.

Adviértase que el mayorazgo fundado bajo la condicion *si el Príncipe lo confirmare*, subsistirá si esto se realiza, l. 42. de Tor., v. cap. *quia Joannes*, 12. q. 5.

Supóngase que el que se hallaba autorizado para fundar mayorazgo, espresó en la escritura de fundacion que legaba 1000 libras al hijo ó hija que le naciere de su muger, la que se hallaba entonces embarazada; subsistirá el mayorazgo, si nacieren dos mellizos varon y hembra? Parece que el mayorazgo quedará en pié, y que cada uno de los mellizos podrá reclamar las 1000 libras, l. 13. pr. D. *de lib. et posth.*, Glos. y Bart. en la l. 3. §. últ. D. d. tit. y la Glos. en la l. 3. D. *de inj. rupt.*, sobre las palabras, *si nascuntur.*

Adviértase que la ley de Toro que exige que la licencia preceda á la creacion del mayorazgo, no tiene lugar cuando este fuese limitado á la parte de bienes que ella permite amayorazgar: y en este caso para la subsistencia de aquellos gravámenes, substituciones y submisiones que hacen indispensable el permiso real, bastará que este subsiga á la creacion del mayorazgo, arg. l. 2. pr. D. *de vulg. et pupill.*, y allí Bart. col. 2.: aunque el mayorazgo se funde sin dicha licencia, quedará confirmado ó revalidado, si posteriormente se obtuviere, arg. l. 6. §. 5. D. *de inj. rupt.* y allí Bart.; y v. Jas. en la repet. á la l. 2. D. *de flum.*, cuest. 21.: no obstante, medítese este punto.

Supóngase que alguno ha alcanzado licencia real para fundar mayorazgo de la cuarta parte de sus bienes, ¿se entenderá por esto que ha perdido el derecho que tenia de amayorazgar el tercio, segun las leyes del reino? En esa cuestion que toqué ya al principio de esta Glos., me decido por la negativa, arg. l. 3. §. 3. D. *de bonor. poss. contr. tab.* y allí Bart., y hace al propósito la l. *legatum*, D. *de fund. instr.*: no obsta la l. 21. D. *de vulg. et pupill.* á la que puede contestarse con Bart. allí.

El que se halla autorizado para fundar mayorazgo á favor de un hijo único, parece que no podrá verificarlo en virtud de dicha autorizacion, si le naciere otro hijo, arg. l. 43. princ. D. *de vulg. et pupill.*

Adviértase que el que sin hallarse autorizado crea mayorazgo por via de donacion á favor de uno, transfiriéndole el dominio, y en falta de este llama á otro, este no sucederá muerto el primero, cuyos actos de enagenacion subsistirán, como se colige de Guidon. en las decis. del Delfin. cuest. 512.: entiéndase lo dicho del que procede no hallándose autorizado, ni por el Príncipe, ni por la ley, l. 7. tit. 4. Part. 5. y l. 42. de Tor.

Creándose un mayorazgo de todos los bienes, no vienen comprendidos los futuros, l. 7. D. *de aur. et arg. leg.* y Bald. en el §. *similiter*, *de controv. investit.*, al fin.

Si el Príncipe legitimó á instancia del padre un hijo bastardo, accediendo al mismo tiempo á que pudiese llamarlo al mayorazgo; se entenderá con esto autorizado dicho hijo, para fundar un mayorazgo de sus bienes á favor del padre, esto es, en el caso que la licencia real es necesaria? V. Felin. en el cap. *postulasti*, *de rescript.*, cuest. *an extendatur dispensatio*, de donde parece resultar que no adquiere semejante facultad el hijo.

Si el que carecia de hijos hubiese alcanzado licencia real, para fundar un mayorazgo á favor de un sobrino; podrá en uso de dicha licencia crear el mayorazgo á favor de un hijo que le sobreviniera despues? Parece que no cabe estender el privilegio á persona distinta, tratándose de materia odiosa, Bald. en la l. 8. pr. D. *de excus. tut.* y Francisc. de Aret. en

E deue ser renouada, e judgada por las leyes deste nuestro libro. Otrosi, si el testador mandasse fazer (172) de su cuerpo, e de sus huessos (173), o en fecho de su sepultura (174), alguna cosa, que fuesse contra ley (175), o contra la vsada costumbre de la tierra, o contra su fama, o a deshonrra de los parientes del, non deue ser guardado tal mandamiento; e aura la manda aquel a quien fue mandado algo, porque fiziesse esto, maguer non lo cumpla.

LEY 33. *Como vale la manda que es fecha a muchos, e en que manera la deuen partir.*

A vno, o a muchos (176) puede ser fecha manda de vna cosa. E quanto la fazen a muchos, quier sea fecha a todos ayuntadamente, o a cada vno por si (177), vale la manda, e deuenla partir todos entre si egualmente. E si por auentura, alguno dellos muriere en ante que el testador (178); o, biuiendo, renunciásse su parte (179); o acaesciesse otra razon alguna (180) por que non la ouiesse aquel

la l. 29. §. 5. D. *de lib. et posth.* : á mas de que el motivo de la prohibicion es mayor, y de consiguiente con mas dificultad concede el permiso el Príncipe, cuando se trata de gravar la legítima de un hijo. Guarda analogía con esto el siguiente caso; el Rey concedió á uno cierto castillo, de modo que despues de su muerte pasara por derecho de mayorazgo al hijo de un hermano del donatario; en cuyo caso, segun Bald. en la l. 30. C. *de fideicom.* el sobrino no quedará escluido por haber nacido un hijo al donatario: empero tal vez esto no deberia tener lugar cuando la liberalidad del Príncipe tuviese por única causa la afeccion hácia la persona del mismo donatario, como se colige de lo mismo que dice Bald. en d. l. 30. al fin, y hacen al propósito las ll. 10. §. 6. D. *de vulg. et pupill.* y 60. D. *pro socio.*

Valdrá el mayorazgo confirmado por el Príncipe despues de la muerte del fundador? Asi opina Ang. en la l. penult. C. *de præpos. sacr. cubic.*; v. cap. *quia Joannes*, 12. q. 5.

Si se hallare en la licencia real la condicion de dotar á las hijas, ¿cómo deberá entenderse? V. Bald. en la l. ult. C. *de pact.* col. 3. y en la l. 6. C. *de condit. insert.*, col. penúlt. y Bart. en las ll. 12. §. penult. D. *de adm. tut.* y 71. D. *de condit. et demonstr.*

A imitacion de los DD. los que han comentado latamente la l. 55. D. *de leg.* 1. de la que esta de Part. se ha tomado, me he estendido en esta glos. La mayor parte de las especies tocadas en ella y otras esparcidas en estos comentarios á las siete Partidas, estan tomadas de las cuestiones del cit. Miess. sobre la materia. Se tacharán tal vez de indigestas, pero es preciso advertir que la muerte y el haber profesado en la religion de San Francisco le impidieron tratar cual se propuso esta materia de mayorazgos; por lo que á mí toca, graves atenciones me han impedido ocuparme de ese punto con mas detencion. El lector, cuando le sobrevenga algun caso de esta clase, podrá meditar la materia, sirviéndole de ayuda lo que llevo apuntado: cumplia á mi propósito el ahorrar algun trabajo, l. 20. C. *de neg. gest.*

(172) Concuerda con la l. 113. §. últ., con la l. 112. §. últ. y con la 114. §. 9. D. *de leg.* 1.

(173) Concuerda con la l. 27. pr. D. *de condit. instit.*

(174) Por ej., si dispuso que se le edificara un panteon de un coste superior á su estado, ó bien, que se le enterrase con los mejores vestidos, ó con sus anillos, cual acostumbraban los paganos, quienes no se ocupaban de la otra vida; semejantes disposiciones no obligarán al heredero, y de consiguiente la falta de cumplimiento no le privará de la herencia: lo mismo parece deberá decirse si es el sucesor á un mayorazgo á quien se impone un gravámen de esta naturaleza. Esto puede aducirse en la siguiente cuestion que trata Alber. en d. §. ult., á saber, si cuando un militar es enterrado en un convento de predicadores con su uniforme é insignias, seguido el cadáver por los caballos enlutados, (lo que es costumbre), se deberá al párroco la cuarta de todo lo dicho.

(175) Añad. ll. 9. y 14. D. *de condit. instit.*

(176) Hase tomado de lo anotado por Az. en la Sum. C. *de legat.* col. 7., vers. *item legari potest uni, et legari potest pluribus.*

(177) Qué dirémos, si parte son conjuntos y parte llamados en oraciones distintas? Contéstese con la Glos. y Bart. en la l. 34. D. *de leg.* 1.; y la l. 33. d. tit. entiéndase con Paul. de Castr. de los conjuntos llamados *verbis tantum*; si bien es preciso confesar que semejante interpretacion no deja de ser arbitraria.

(178) Añad. l. únic. §. 4. C. *de caduc. toll.* y l. 61. §. 1. D. *de leg.* 2. ¿Qué dirémos, si el colegatario conjunto habia fallecido ya cuando se otorgó el testamento? V. d. l. únic. §. 3. y allí la Glos. en la parte *ad illos.*

(179) Añad. §. 8. *Instit. de legat.*

(180) V. Glos. en d. §. 8. sobre la palabra *defecerit.*

a quien fuera mandada; estonce acrescerse y a (181) aquella parte a todos los otros, a quien fuesse mandado, como sobredicho es. E tal manda se faria ayuntadamente en esta mane-

(181) Concuerda con d. §. 8. y con d. l. únic. §§. 3. y 4. Empero si el legatario no pudiese admitir por una causa tal que produzca la confiscacion de bienes, cesa entonces el derecho de acrecer, l. 7. D. *de leg.* 2. Cesa tambien, si el legado á favor del conjunto es inútil por razon de la cosa legada, l. 84. §. 8. D. *de leg.* 1. Si la nulidad proviene de la persona del legatario, ó parte de esta y parte de la cosa, ó bien de la persona del testador, decídase por la l. 34. §§. 31. y 32. D. *de leg.* 1., y véase en particular Bald. en d. l. 84. §. 8. y tambien Juan de Imol. y Alex. Sobre esta materia del derecho de acrecer entre colegatarios, véase la l. únic. §. 10. C. *de caduc. toll.* y la l. 89. D. *de leg.* 3. y allí latamente Bart.

Adviértase que, faltando la condicion impuesta á uno de los conjuntos, no por eso queda perjudicado el derecho del otro, sino que al contrario se le aumenta su parte, l. 10. D. *de leg.* 3. Adviértase tambien que, legada la habitacion á dos ó mas, tiene lugar el derecho de acrecer, v. l. 18. D. *de usufr. leg.* y allí Bart.; asi como entre dos codeudores á quienes se les ha legado la liberacion, l. 29. D. *de liber. leg.* y allí Bart. Tiene tambien lugar en la legítima, v. Bald. en la l. únic. §. 3. C. *de caduc. toll.*, col. 3. y Alex. en la l. 34. §. 31. D. *de leg.* 1., col. 3. Instituido el hijo en la legítima, podrá adquirir por derecho de acrecer el resto de los bienes? V. Bald. en la l. únic. C. *quand. non pet. part.* col. 6. Admítese ademas la acrecion en las donaciones por causa de muerte, v. Bald. en d. l., col. 13., y l. únic. §. 13. C. *de caduc. toll.* Adviértase que el conjunto es llamado por derecho de acrecer, con preferencia á los sucesores legítimos, á la parte que su colegatario no puede recibir por razon de incapacidad, v. Bald. en la l. 14. C. *de fideicom.* col. ult. Dice el mismo Bald. en la l. únic. §. 3. C. *de caduc. toll.* que tambien produce el derecho de acrecer la conjuncion inútil. El mismo D. en d. l. únic. §. 11., col. penult. propone la cuestion siguiente, á saber, si tendrá lugar el derecho de que se trata entre dos espurios á quienes el padre les ha legado cierta cantidad, en virtud de autorizacion especial: al principio parece inclinarse á la negativa, atendido que los privilegios, por ser materia odiosa, deben interpretarse restrictivamente: pero despues propende á la afirmativa, fundado en el favor que debe dispensarse á las últimas voluntades: por fin, dice, sobre este punto no debe caber duda, si los hijos fueren legitimados.

Por lo dicho puede argüirse que fundado un mayorazgo á favor de dos espurios, mediante licencia real, faltando el uno de los hijos, tendrá el otro el todo por derecho de acrecer, si el mayorazgo se hubiese dispuesto á manera de última voluntad: sin embargo dice Bald. en la l. 3. C. *qui testam. fac. poss.*, que no cabe el derecho de acrecer, cuando la disposicion testamentaria tiene por orígen una dispensa: dice el mismo Bald. en la l. únic. C. *quand. non pet. part.*, col. 4., que tambien se concederá el mismo derecho al que por prescripcion se le hubiese escluido del legado; y en d. lugar, col. 7., añade que ese derecho tiene la misma condicion é iguales prerogativas que el principal; véasele en la col. 13., acerca de si el indicado derecho cabe en la jurisdiccion ordinaria, delegada, ó arbitral; y en las adiciones véase acerca de los salarios: en las mismas adiciones, sobre la parte *contractibus,* y en lo que allí dice Bald., puede verse si tendrá cabida en materia de votaciones. Adviértase que á fin de que la adquisicion se verifique por derecho de acrecer, no hay necesidad de nueva aceptacion (*jus accrescendi est eodem jure aliquid accrescere*), Bald. *de duob. fratr. a capit. invest.*, v. l. 2. §. 8. D. *de bonor. poss. sec. tab.* Por fin, la parte del conjunto acrece únicamente á los conjuntos; empero la de aquel que fue nombrado en oracion separada acrecerá á todos, l. 63. D. *de hæred. instit.*

Veamos ahora algunos casos en que no tiene lugar el derecho de que se trata. En primer lugar cesa, cuando la conjuncion es meramente legal, l. 20. D. *de leg.* 2., á no ser que el legado se tuviese por no escrito, pero subdistíngase, á tenor de la l. 14. §. 1. D. *ad leg. Corn. de fals.*; sin embargo entre herederos tiene lugar indistintamente, aunque la conjuncion sea legal, l. 67. D. *de acquir. hæred.*, v. Bald. en la l. 6. C. *de secund. nupt.*, col. ult., en la l. 1. C. *quand. non pet. part.*, col. 8. y en d. l. 6. §. 1. col. 2.: tampoco se distingue en esta parte en el usufructo, l. 1. §. 1. D. *de usufruct. accresc.* En segundo lugar, cesa el derecho de acrecer, cuando cada legatario hubiese aceptado su parte, á no ser que el legado fuese de usufructo, d. l. 1. §. ult., v. Glos. y Paul. de Castr. en la l. 16. D. *quemadmod. serv. amitt.*, Bart. en las ll. 34. D. *de usufr. leg.* y 57. §. 1. D. *ad Trebell.*; empero, si uno de los colegatarios hubiese pedido la restitucion al efecto de desechar su parte? V. Glos. y Bart. en la l. 6.

ra, como si dixesse (182) el testador: Mando a fulano, e a fulana, tantos marauedis, o tal cosa, nombrandolos todos, vno a vno señaladamente, quantos fuessen aquellos a quien lo mandasse. E apartadamente (183) se faria la manda de vna cosa a muchos, como si dixesse: Mando a fulano tal mi viña; e despues desso dixesse en aquel mismo testamento, que mandaua aquella misma viña a otro, e despues a otro, nombrando cada vno dellos por si; ca estonce, todos la deuen partir entre si egualmente (184), como es dicho.

pr. D. *de bon. poss.*, y véase en limitacion la l. 5. D. *de assign. libert.*, junto con la Glos. En tercer lugar cesa el derecho de acrecer en la desheredacion, Bald. en la l. 1. C. *de lib. præt.*, es decir, que el desheredado respecto de cierta parte no se entenderá serlo en cuanto al todo. En cuarto lugar, no cabe el derecho de acrecer en la posesion, la que no puede adquirirse sino por medio de una nueva aprehension, segun Bald. en d. l. únic. C. *quand. non pet. part.*, col. 2. Tampoco cabe respecto de la parte que queda vacante, no de derecho, y sí por via de escepcion, l. 13. pr. D. *de jurejur.* y allí la Glos. y Bart., v, Jas. en la l. 110. D. *de verb. oblig.*, col. 3. Cesa tambien, cuando viene á resolverse un derecho adquirido, segun Az. en la Sum. C. *de asign. libert.*; á no ser en dos casos, á saber, en la asignacion de los libertos, y en el usufructo formal, mas no tratándose de dominio directo ó útil; añad. Bald. en la autént. *si quas ruinas* C. *de sum. Trinit.*, col. ult., vers. 3. *casu*, y Jas. en d. l. 110., col. 5. Ademas, el derecho de acrecer por sí solo no puede hacernos pasar de la posesion natural á la civil, Glos. y allí Bart. en la l. 7. D. *de acquir. poss.* Tampoco cabe, cuando las palabras de la disposicion son restrictivas, l. 78. §. 10. D. *ad Trebell.*, v. Bart. en la l. 14. D. *de inoff. testam.* col. penult., Bald. en la l. 1. C. *de sacros. Eccles.*, col. 14., en la l. únic. C. *quand. non pet. part.*, col. 7. y en la l. 1. C. *de secund. nupt.*; col. 4. Tambien cesa respecto del que es admitido al legado por derecho especial, l. 74. D. *de condit. et demonstr.* y allí Bart. y DD. Por fin, no tendrá lugar en los legados de alimentos, l. 57. D. *de usufr.*, y Bald. en d. l. y en la cit. l. 1. C. *de sacros. Eccles.*, col. 14. : nótese esto por lo que mira á los hijos espurios.

Los frutos de un canonicato vacante acrecerán á los canónigos, ó á la Iglesia? Bald. decide á favor de esta en la l. 4. C. *de sacros. Eccles.* Adviértase que el testador puede prohibir la acrecion en los legados, v. Bart. en d. l. 89. D. *de leg.* 3., col. 10. y en d. l. 14. D. *de inoff. testam.*, col. penult. y Bald. en las ll. 9. D. *de hæred. instit.* y ult. C. *si quis omis. caus. testam.*

Puede renunciarse el derecho de acrecer? V. Bald. en d. l. únic. C. *quand. non pet. part.* No estime en poco el lector estas anotaciones, fruto de largo trabajo y que pueden serle de no poco provecho.

(182) Nótese este ejemplo, en cuyo supuesto los colegatarios son conjuntos en la cosa y en las palabras, segun la Glos. en la l. 1. §. últ. D. y Bart. en la l. 89. D. *de leg.* 3., col. 6.; empero, Pedr, y Cyn. en la l. ún. §. 11. C. *de caduc. toll.* sostienen que en dicho supuesto los legatarios solo son conjuntos en las palabras, porque parece que el testador ha dividido entre ellos la cantidad legada, y esta opinion dice ser la mas cierta segun derecho, Alex. en la l. 34. §. 9. D. *de leg.* 1. col. 1. Nuestra l. de Part. nada espresa que favorezca la una, ni la otra opinion: se dirá tal vez que suponiendo haberse legado 10. á Ticio y á Seyo, debe entenderse de los mismos 10., l. 79. pr. D. *de leg.* 1., y de consiguiente entendiéndose llamados en partes iguales, serán meramente conjuntos por las palabras; sin embargo, es preciso reconocer que son conjuntos tambien en la cosa, pues que tan solo concurriendo los dos deja de pertenecer el todo de la cantidad legada á cada uno de ellos, de la misma suerte que cuando se legare un predio.

(183) Estos son conjuntos en la cosa y separados por las palabras, d. l. 89. D. *de leg.* 3. y allí Bart. col. 3.: si uno de ellos hubiese aceptado el legado, podrá recoger la parte de su colegatario, si este no acepta ni repudia? Bald. en la l. ún. §. 11. C. *de caduc. toll.*, col. penúlt. dice, que siendo puro el legado, como que concurriendo los dos colegatarios resulta no deferirse el todo á uno de ellos, el que aceptó su parte no podrá recoger dicho todo, y sí solo instar para que se señale un término á su compañero para la aceptacion ó repudiacion; alega las ll. 77. §. 3. D. *de leg.* 2. y 24. y 25. de d. tit.: empero añade, si uno de los legados es puro y el otro condicional, entonces el primero se debe *in solidum* desde el momento, porque cesa el concurso, es decir, que el otro legado queda entre tanto pendiente. Qué diremos en las herencias, y en el supuesto que se verifique á dos ó mas alguna promesa genérica, ¿se deberá á cada uno el todo? V. Bald. en la l. ún. §. 11. C. *de caduc. toll.*

(184) En efecto, entre los conjuntos en la cosa tan solo, no hay derecho de preferencia respecto de los demas conjuntos, véase Bart.

LEY 34. *Como las mandas deuen ser dexadas en testamento, o en codicilo: e como passa el señorio dellas a los herederos de a quien las mandaren.*

En acabado testamento puede ser fecha toda manda. Otrosi en otra manera de escrito, que se faze ante cinco testigos, a que llaman en latin, Codicillum, segun diximos en el titulo de los Testamentos. E la manda que fuesse fecha en otra manera qualquier, si non en alguna destas dos sobredichas, non valdria (185); fueras ende, quando la fiziesse padre, o auuelo, a fijo, o a nieto, assi como diximos en el titulo de los Testamentos, en las leyes (186) que fablan en esta razon. E aun dezimos, que luego que el testador es muerto, passa el señorio (187) de la cosa que es assi mandada, a aquel a quien es fecha la manda. E maguer

en d. l. 89. vers. 6. *principaliter.*

(185) Esceptúese el caso de la l. 25. tit. 11. Part. 3. y de la l. ult. C. *de fideicom.*

(186) V. ll. 7. y 8.—*Empero, hoy dia en virtud de la l. 2. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. deberán observarse las mismas solemnidades en el testamento entre los hijos, que en los que se otorgan á favor de estraños.

(187) Nótese esto, pues que decide la cuestion entre la variedad de opiniones que se manifestaron sobre la materia, como se ve en la l. 86. §. 2. D. *de leg.* 1. y en la l. 64. D. *de furt.* Decia Pedr. al cual citan Cyn. é Imol. en la l. 84. §. 4. D. *de leg.* 1. que mientras no se hubiese aceptado el legado, el verdadero dominio de la cosa legada lo tenia el heredero, aun cuando la herencia estuviese adida; si bien el legatario tenia un dominio figurado, dominio que verificada la aceptacion se convertia en real y efectivo: alega las ll. 81. §. 6. D. *de leg.* 1. y 43. y sig. *de action. empt.* Segun la opinion comun el legatario adquiere el dominio efectivo, asi que la herencia esté aceptada; empero es dueño ficticiamente, desde el instante de la muerte del testador, en el supuesto que no repudie, d. l. 86. §. 2. y l. 44. §. 1. D. *de leg.* 1. Lo dicho se entiende cuando el legado es puro. Siguiendo Alex. la opinion comun en d. l. 86. §. 2. distingue; si se trata, dice, de la trasmision del legado, este se entiende por lo general adquirido desde la muerte del testador, l. ún. §§. 1. y 5. C. *de caduc. toll.*: si se trata de la adquisicion del dominio, es preciso atender que este puede ser de tres clases; hay un dominio ficticio, el cual, asi que esté adida la herencia, se supone adquirido desde la muerte del testador, ll. 64. D. *de furt.* y 80. D. *de leg.* 2. con otras semejantes; y la razon está en que la adicion se retrotrae al tiempo de la muerte, l. 54. D. *de acquir. hæred.* y otras semejantes: antes de la adicion niega Alex. que por parte de los legatarios se verifique adquisicion alguna, porque no adiéndose la herencia, los legados no subsisten, l. 14. C. *de fideicom.* Hay otra clase de dominio, y este es real y verdadero, pero revocable; adquiérelo el legatario, luego que esté adida la herencia, si aun no ha aceptado el legado, y de este dominio hablan las ll. 69. pr. D. *de leg.* 1. y 77. §. 3. D. *de leg.* 2., donde se habla del legado adquirido por el que ignoraba habérsele deferido. A la tercera clase refiere el dominio verdadero é irrevocable, cuya adquisicion se verifica cuando, á mas de haberse adido la herencia, está aceptado el legado, l. 13. D. *de condit. instit.*, junto con lo allí notado y l. 8. D. *de reb. cred.* Empero, nuestra l. decide claramente que la adquisicion del dominio de la cosa legada tiene lugar á favor del legatario desde la muerte del testador; á lo que se agrega que por la l. 1. tit. 2. lib. 5. del ordenam. Real, se deben los legados ántes de la adicion de la herencia, y aunque ella falte. Entiéndase no obstante, que si se repudia el legado, se supone no haberse verificado la adquisicion: ademas esta l. de Part., cuando habla de la adquisicion del dominio de la cosa legada antes de la adicion, entiéndase del dominio ficticio, de acuerdo con la opinion de la Glos., Bald. y DD. en d. l. 86. §. 2. D. *de leg.* 1., pues que, si fuese el dominio verdadero, el legatario podria reclamar los frutos anteriores á la adicion de la herencia, lo que se le niega por la l. 37. de este tit.: asi pues, no es dueño propiamente tal, segun la Glos. en la l. ún. §. 6. C. *de caduc. toll.*, donde dice, que el dominio ficticio no es bastante para adquirir en fuerza de él. Véase acerca de dichos frutos lo que digo en la cit. l. 37.

Si el legado es á dia cierto, no hay adquisicion de dominio, hasta que aquel venga, Glos. y en ella Bart. en la l. 14. §. 1. D. *de leg.* 2. y Paul. de Castr. en las ll. 18. D. *de servit.* y 26. D. *de usufr. leg.* Adviértase que en los mismos términos pasa el dominio al siguiente en grado, cuando la cosa se enagena contraviniendo á la prohibicion del testador, l. 69. §. ult. D. *de leg.* 1. y la Glos. en la l. ult. C. *de reb. alien. non alien.*; v. Alex. en la l. 38. §. 1. D. *de acquir. poss.* col. ult.: acerca del que lega ó vende dos casas á las que cubre un mismo techo, es decir, á cuál de los dos legatarios ó compradores pertenecerá el dominio del techo, véase la l. 36. D. *de servit. urban. præd.* Si se lega-

muera en ante que el heredero del testador entre la heredad, o en ante que el entre la posession de aquella cosa que le fue mandada; por todo esso, heredara aquella manda el su heredero (188), que ouiere derecho de heredar los otros sus bienes de aquel a quien fue fecha. E esto seria (189), si la manda fuesse de tal manera, que fuesse fecha puramente, o a tiempo cierto; mas si fuesse fecha so condicion, non seria assi. Ca muriendo aquel a quien fue fecha la manda, en ante que se cumpliesse la condicion (190), non valdria la manda, nin la podria demandar el heredero de aquel a quien fuesse fecha; ante dezimos, que la deue auer el heredero del testador. Fueras ende, si aquel a quien fuesse fecha la manda so condicion, ouiesse compañero, a que fuesse mandada con el de so vno alguna cosa, o si ouiesse sustituto en ella. Ca en qualquier destas dos cosas, aura la manda el compañero, o el sustituto (191) del finado, e non el heredero del testador, si despues se cumpliesse la condicion (192) que fuesse puesta en la manda.

re una servidumbre, la adquiere el legatario desde que se ade la herencia, aunque ignore dicho legado, l. 19. §. ult. D. *quemadm. servit. amitt.*, v. Glos. y DD. en la l. ún. §. 6. C. *de caduc. toll.*: las servidumbres reales ceden en cuanto á la trasmision desde el dia de la muerte del testador, á no ser que el legado se hubiese hecho á dos ó mas que debiesen convenirse acerca del uso de la servidumbre, l. 28. D. *de servit. rustic. præd.* y allí Paul.; ó bien que el legado de la servidumbre fuese tácito, pues entonces será menester una imposicion nueva de la misma servidumbre, l. 20. D. *si serv. vindic.* y allí Paul. de Castr.; y por punto general, siendo tácito el legado, no se verifica de derecho la traslacion de dominio, l. 44. §. ult. D. *de leg.* 1. junto con lo anotado en ella. Adviértase que el heredero no es poseedor con título de la cosa legada; el título corresponde al legatario solo, segun Bald. en la l. 1. C. *de usur. et fruct. leg.* col. ult., es decir, despues de la adicion de la herencia; pues antes, ninguno de los dos tiene segun él, título eficaz, y si lo tiene es á la cosa y no en la cosa: pero esta distincion de tiempos no tendrá tal vez lugar por las leyes de nuestro reino, dado que no siendo esencial la adicion de la herencia, el legatario adquirirá el dominio independientemente de dicha circunstancia.

Qué dirémos, si la propiedad de la cosa legada pertenece al testador y el usufructo al heredero? Parece que tambien pasará de derecho el dominio al legatario, v. l. 6. D. *de manum. testam.* y allí Bart. No se verifica semejante trasmision, cuando el legado es de cantidad, v. Bart. en la l. 10. §. 1. D. *de adim. leg.*: tampoco tiene lugar en el legado de usufructo de cierta cantidad de dinero, l. 1. §. 17. D. *ut legat. seu fideicom. nom. cav.* y allí Bart. Qué dirémos de la manda que se hace al esclavo que se lega? V. l. 17. D. *quand. dies leg. ced.* y l. unic. §. 6. C. *de cad. toll.*

(188) Añad. l. unic. §. 1. C. *de caduc. toll.*; ampliese por la disposicion de la l. ult. C. *quand. dies. leg. ced.* y limítese atendiendo á la cit. l. unic. §. 6., á la l. sig. de este tit. y á la l. 2. D. *quand. dies leg. ced.* Sobre el fideicomiso universal, véase á Bart. en la l. 11. al fin, D. *de leg.* 1.

(189) Véase en particular sobre esta materia á Ang. Aret. en el §. 20. Instit. *de leg.*

(190) La Glos. en la l. 48. D. *de oblig. et action.* sostiene que el legado condicional se trasmitirá cuando sea un hijo el legatario; pero Bart. allí mismo, y en la l. ult. C. *de his qui ant. apert. tabul.*, la Glos. y Bald. en la l. 21. C. *de fideicom.*, dicen que la opinion comun desecha semejante decision. Podria en algun caso tener lugar la trasmision del legado condicional, esto es, si pudiese conjeturarse ser esta la voluntad del testador, Bald. en la l. 1. C. *de his. qui ant. apert. tabul.*, col. ult.; pues que cuando se trata de últimas disposiciones, se atiende esclusivamente á la voluntad del testador, bastando que pueda inferirse por medio de conjeturas, ll. 74. D. *de leg.* 1., y 64. D. *de leg.* 2.; ademas, asi como el testador puede disponer que no se trasmita lo que es de suyo trasmisible, l. 19. §. 1. D. *de condit. et demonstr.*, y allí Imol.; está en sus facultades prescribir que se trasmita lo que de otra suerte no pasaria á los herederos, Bald. en la l. 4. C. *de instit. et substit.*, cuest. 4. y en la l. 1. pr. C. *ut action. ab hæred. et contr. hæred.*: estas conjeturas deben sacarse del mismo testamento, segun Socin. en la l. 57. §. 1. D. *ad Trebell.* añádase lo que digo en la glos. 192.

(191) Concuerda con la l. unic. §. 7. C. *de caduc. toll.*

(192) El derecho de cumplir la condicion pasa á los herederos? Bart. en la l. 56. D. *de condit. et demonstr.* opina afirmativamente, en el supuesto que el legatario se hubiese manifestado dispuesto al cumplimiento y que el heredero no hubiese querido recibir la cantidad en cuya entrega la condicion consistia; y la razon está en que teniéndose la condicion por cumplida en semejante caso, l. 24. D. *de condit. et demonstr.*, el legado viene á ser

LEY 35. *Como non vale la manda que faze el testador a algun ome, cuydando que era biuo, e fuesse muerto.*

Cuydando el testador que era biuo algun ome, a quien el fiziesse manda, si estonce fuesse muerto (193), non le valdria, ni la podria demandar al heredero del. Esso mismo seria, si fuesse biuo quando fiziesse la manda, e se muriesse despues (194) naturalmente, o fues-

puro, d. l. 56.; sin embargo, si bien esto es indudable segun Paul. de Castr. de acuerdo con Pedr. y otros en d. l., entiéndase que ni el legatario ni sus herederos podrán pedir el legado, sin que cumplan la condicion impuesta, pues que la ficcion de cumplimiento, tan solo obra respecto de la trasmision: entiéndese esto tambien del mismo legatario, arg. d. l. 56. Lo mismo sostiene Castr. en la l. 3. D. *ad leg. falc.*, donde dice, que aun cuando el heredero hubiese rehusado recibir lo que se le ofrecia en cumplimiento de alguna condicion, podrá despues pedirlo, arg. d. l. 56., segun la inteligencia que le da Pedr., y cita allí Jacob. de Aren. y Bald., quienes, dice, son del mismo parecer. Empero en la l. 6. C. *de condit. insert.*, col. ult. dice el propio Castr., que una vez cumplida la condicion por ficcion de derecho, esto es, por haber el heredero rehusado recibir lo que se le entregaba en cumplimiento de la misma, no podrá nunca mas demandarlo, á no ser que hubiese tenido justa causa para no recibir, por ej., si ignoraba el hecho; y en esos términos entiende la cit. l. 56.; mas esta interpretacion carece de fundamento, y de consiguiente sígase la opinion de Pedr., con el cual están de acuerdo Bart. é Imol. en d. l., y al parecer tambien Bald. en la l. 1. C. *ut action. ab hæred. et contr. hæred.* col. 2., donde aprueba la interpretacion de Pedr. Qué diremos, si la condicion es de aquellas que provienen directamente de la ley, aunque el testador nada esprese, por ej. *te lego tal predio, bajo la condicion si Cayo fuere mi heredero?* Bald. en la l. unic. pr. C. *de caduc. toll.*, col. 2. dice, que tampoco tendrá lugar la trasmision si el legatario muere antes que el heredero admita la herencia; porque parece que el testador quiso hacer condicional el legado; y alega la l. 19. §. 1. vers. *nisi* D. *de condit. et demonstr.*: sobre esta decision véase allí Alex. en las adic. Sobre el caso que la condicion es tal que necesariamente ha de existir, véase la l. 13. D. *quand. dies leg. ced.* Sobre el legado puro que se refunde en otro condicional; véase la l. 24. D. d. tit. y allí Bart. En cuanto al caso que la condicion no provenga de la disposicion del testador, véase la l. 25. §. ult. d. tit. Qué dirémos si el legado es puro, pero su declaracion pende de un tercero? v. l. 1. D. *de leg.* 2.

(193) En este caso el legado se dice no escrito: concuerda esta l. con la l. unic. §. 3. C. *de caduc. toll.* Qué dirémos si en el mismo supuesto el legado tuviese por objeto una causa piadosa? V. Bart. en la l. 9. D. *de alim. et cib. legat.* col. 1. y Alex. allí en la adic. El legado que se tiene por no escrito cede en provecho del heredero, ó del conjunto, ó del sustituto, sin gravámen alguno, d. §. 3., escepto en los casos indicados allí en la glos.: añade allí mismo que semejante legado pasará al sustituto, ó al conjunto con el gravámen que contuviese en beneficio de causas piadosas, arg. l. 26. 16. D. *de fideicom. libert.*, ley que allí alegó la Glos. para probar que no subsistia el gravámen; lo mismo sostiene Paul. de Castr. en d. §. 3., citando á Bart. en d. l. 9., véase lo anotado por el mismo Bart. en la l. 38. §. 6. D. *de leg.* 3. Qué dirémos si el gravámen se impuso cumulativamente á los dos legatarios? el que reuna el todo, por quedar como escrito el legado á favor de su compañero, soportará el gravámen en su totalidad? V. l. 122. §. 1. D. *de leg.* 1.: siendo conjunto en el gravámen, parece que el que se quede con el todo deberá soportar el gravámen por entero, segun Alber., Bald. y Paul. en d. §. 3., si bien Dyn., citado allí por el primero, sostuvo lo contrario. Lo que llevamos dicho, que el heredero, el conjunto ó el sustituto reciben sin gravámen el legado que se tiene por no escrito, debe entenderse bajo el supuesto que se tenga por tal á causa de faltar el legatario, como en el caso de d. §. 3.: ahora, si esto proviniese de ser captatoria la disposicion, ó de haber el legatario escrito de su propio puño la manda, el gravámen subsistirá, cualquiera que sea el que se aproveche de ella, l. ult. D. *de his quæ pro non script. hab.*, y allí Bart. y en la l. 1. d. tit., donde añade que, si el testador legó á alguno 100 libras delante dos testigos, encargándole que restituyera dicha cantidad á la Iglesia ó á los pobres, el legado se tendrá por no escrito, por falta de solemnidad, pero el heredero quedará obligado á la restitucion indicada; cuya decision, dice, se halla apoyada por la cit. l. y es limitacion notable del cit. §. 3.: añad. Socin., consil. 78. part. 1. col. 2.

(194) En este caso el legado se dice cuasi-caduco, d. l. unic. C. *de caduc. toll.* §. 4.: difiere del legado que se llama no escrito, en cuanto queda en poder del heredero ó del conjunto con las cargas, d. l. y l. 9. D. *de usufr.*

se desterrado para siempre (195), en ante que el testador muriesse. E maguer de suso diximos que luego que muriesse el testador, passa el señorio de la cosa aquel a quien es mandada, si es fecha sin condicion; casos y a (196), en que conuiene en todas guisas, que el heredero entre la heredad primeramente, ante que aquel a quien es fecha la manda, gane el señorio della. El primero dellos seria, como si el testador ouiesse algun sieruo, a quien otorgasse en su testamento, que fuesse libre. Ca este atal, maguer muera el testador, non puede ganar la libertad, a menos del heredero entrar la herencia, o otorgarse por heredero. E el segundo caso seria, si a tal sieruo, como sobredicho es, mandasse el testador alguna cosa, en aquel mismo testamento en que le aforrasse; ca non puede auer la manda, a menos del heredero entrar la heredad. El tercero caso seria, como si el testador mandasse su sieruo a algun ome; ca non passa el señorio aquel a quien le mando, a menos del heredero entrar la heredad. El quarto caso seria, como si mandasse el testador a alguno el usufructo (197) de alguna heredad, o la morada (198) de alguna casa; ca non ganaria el señorio de tal manda, aquel a quien fuesse fecha, a menos del heredero entrar primeramente la heredad del fazedor del testamento.

LEY 36. *Como aquel a quien es otorgada alguna manda, la puede dexar, o non, si la non quisiere.*

En escogencia (199) es de aquel a quien es fecha la manda, de la tomar toda, o de la dexar (200), si quisiere; e non podria tomar parte della, e dexar la otra (201), maguer quisiesse. E esto ha lugar, quando alguna cosa es mandada señaladamente a vno, o muchas que se comprehenden so vn nome. E esto seria como si dixesse el testador, que mandaua una cabaña de ouejas con todas las cosas que le pertenescen. Ca, como quier que en tal manda

leg., cuyas cargas deben cumplirse al tiempo marcado por el testador, l. 35. D. d. tit. Añádase que la traslacion de un legado á otra persona, se entiende con las cargas impuestas al primer legatario, l. 13. pr. *de alim. et cib. leg.* y ll. 24. y 30. pr. D. *de adim. leg.* y allí Bart. Por lo que mira al caso que se quite el legado, véanse las ll. 19. y penult. §. 1. d. tit. y en ellas el mismo Bart. Qué dirémos si el testador legare á Berta, muger pobre, 100. libras, si se casase con Ticio, añadiendo que aquella murió antes de casarse? El legado cederá en provecho del heredero sin carga alguna, ó debe invertirlo en un objeto parecido? V. Bald. nov., tratado *de dot.*, fol. 26. col. 1. priv. 71., el cual concluye al parecer que si la disposicion fue á manera de manda piadosa, el heredero deberá invertir la cantidad, para un objeto análogo.

(195) Entiéndase de los deportados ó condenados á las minas, los que son incapaces. escepto por lo que mira á los alimentos, l. 3. D. *de his quæ pro non script. hab.* l. 1. C. *de hæred. instit.* y l. 22. §. 5. D. *mandati*; pero no del relegado, aunque lo fuere perpetuamente, pues que no es incapaz ni pierde la ciudadanía, l. 7. D. *de interd. et releg.*, Instit. §. 2. *quib. mod. jus. patr. pot. solv.* y l. 3. tit. 18. Part. 4. : que esta l. deba entenderse del deportado, se ve por la l. 2. del cit. tit. 18. allí, *la otra manera es cuando destierran.* Adviértase, que Bart. en d. l. 3. equipara en este punto al deportado, el que fuere condenado á muerte, ó á cárcel perpetua. Esto no quedará revocado por la l. 4. de Tor., como dije en la l. 15. tit. 1. de esta Part.— * Como dejamos dicho en la glos. 17. del tit. 3., la muerte civil no privará hoy dia de la testamentifaccion pasiva, pues que no priva de la activa, segun la l. 3. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.

(196) Concuerda con las ll. únic. §. 6. C. *de caduc. toll.* y 2. D. *quand. dies leg. ced.*: la razon de diferencia la espone Alber. en d. l. únic. §. 5.

(197) Si aquel á quien se ha legado alternativamente un predio ó el usufructo, fallece antes de la adicion de la herencia ¿trasmitirá el legado á sus herederos? Así opina Ang. en d. l. únic. §. 5., apoyado en que la manda no es condicional: sin embargo, no podrá elegirse el usufructo, porque es intransmisible; hacen al propósito las ll. 19. D. *de opt. leg.* y 25. D. *quand. dies leg. ced.*

(198) V. l. 2. D. *quand. dies leg. ced.*

(199) Hase tomado de lo que dice Az. en la Sum. C. *de legat.*, col. penult. vers. *est enim in legatarii potestate*, y concuerda con la l. 38. D. *de leg.* 1., y con las ll. 2., 4. 5. y 6. *de leg.* 2.

(200) Si repudia, se considera la manda como no hecha, d. l. 38. §. 1., l. 44. §. 1. y l. 86. §. 2. D. *de leg.* 1., y lo que dije en la l. 34. de este tit.

(201) Concuerda con las cits. ll. 38. D. *de leg.* 1. y 4. *de leg.* 2.: esceptúese el caso que se hubiese legado alternativamente el todo ó la parte, l. 23. D. *de leg.* 2. y Paul. en d. l. 4. ¿Qué dirémos, si la prestacion de la manda se encargó á dos ó mas herederos? ¿Po-

como esta, o en otra semejante (202) della, y a muchas cosas, con todo esso por vna manda es contada, e porende conuiene, que todas las tome, o todas las dexe. Mas si aquel que aya de auer la manda de vna cosa, muriesse, e dexasse muchos herederos, estonce bien podria cada vno dellos (203) tomar su parte, maguer el otro, o los otros, non quisiessen recibir la suya; quier fuesse la manda de vna cosa, o de muchas. E si la manda fuesse de muchas cosas señaladas, e la fiziesse a vno, bien podria estonce tomar dellas, la que quisiesse, e dexar las otras; fueras ende, quando el testador mandasse a alguno dos cosas; la vna, con agrauiamento (204), e la otra sin el. Ca, si aquel a quien tales mandas son fechas, quisiesse tomar aquella cosa de que se puede aprouechar luego, e dexar la otra, non lo podria fazer; ante dezimos, que las deue amas tomar, o dexar. E esto seria, como si dixesse, que le mandaua cincuenta marauedis, e un sieruo, rogándole que lo aforrase; ca, si este atal quisiesse tomar los marauedis, e non quisiesse aforrar el sieruo, estonce non deue auer la vna manda, nin la otra; como quier que el sieruo por derecho, en tal caso como este, es luego libre (205), tambien como si el otro lo ouiesse aforrado.

LEY 37. *Como el heredero deue entregar la cosa a aquel a quien es mandada.*

Entregar deue el heredero a aquel a quien fue fecha la manda, de la cosa que el testador le mando, con todo lo al, que le pertenesciesse (206) aquella cosa mandada. E esto seria,

drá el legatario aceptar la parte que deba entregarle el uno, y repudiar lo restante que debian pagarle los demas? Asi opina Paul. en d. l. 4., fundado en que se considera como dividida la manda, á no ser que se hubiese hecho con la condicion de dar algo á los herederos; pues entonces, aunque entregue á uno de ellos lo que le correspondiera, no puede pedir la parte de la manda que este debia entregarle, l. 23. D. *de condit. et demonstr.* Adviértase, que recibiendo una parte de la cosa legada, se entiende aceptada la manda en su totalidad, l. 58. D. *de leg.* 2.

(202) Como el ajuar de la casa, la vajilla, el peculio del esclavo, etc., l. 6. D. *de leg.* 2. y Az. lug. arriba cit.

(203) Y en este caso la parte repudiada no acrece al que aceptó la suya, porque estos son conjuntos meramente por la ley, segun Bart. en la l. 89. D. *de leg.* 3., vers. 5. y Paul., Alex. y Bald. en d. l. 38. D. *de leg.* 1., y el último infiere de esto que si de dos herederos de un enfiteuta el uno ha repudiado su parte, ó se le ha privado de ella por delito cometido, no acrecerá dicha parte al coheredero, sino que se consolidará con el dominio directo; adhiérense allí á esta decision notable Alex. y Jas.

(204) Añad. d. l. 4. D. *de leg.* 2.: Bart. allí infiere de esto, que el albacea deberá dar caucion, aunque quisiere repudiar la manda que le hubiese hecho el testador.

(205) Añad. l. 22. D. *de fideicom. libert.* y ll. 2. y 4. C. *si man. ita fuer. alien. ut manumit.* Pero por qué dispone la ley, que el siervo adquiera de derecho la libertad, pues que, dándose por via de fideicomiso, ha de verificarse la manumision por el heredero, segun la l. 13. C. *de fideicom. libert.*? La razon está, en que aqui el heredero se supone en mora, como se ve por aquellas palabras, *e non quisiesse aforrar el siervo;* circunstancia que atribuye la libertad al esclavo, cual si directamente se la hubiese legado el testador.

(206) Concuerda con las ll. 8. pr., 24. §. 2., y 44. §. 4. D. *de leg.* 1.; añad. l. 86. §. 2. D. d. tit. De aqui puede argüirse que, si el que posee en mayorazgo algun pueblo ó castillo alcanza privilegio del Rey para celebrar un mercado franco en dicho lugar, cederá esta concesion en beneficio del mismo: sin embargo, si despues el pueblo ó castillo fuese vindicado por un tercero, podrá reclamarse el mayor valor que tiene la cosa por razon del citado privilegio, v. cap. 1., §. *si vasallus, hic fin. lex.* Puede tambien deducirse de esta misma ley que, si se agregan simplemente algunos bienes á un mayorazgo, deberá entenderse la agregacion bajo iguales vínculos y prohibiciones; hacen al caso el cap. *quia cognovimus*, 12. q. 2. y la l. 3. C. *de agric. et censit.* y allí Juan de Plat. Qué dirémos si el testador legó una cosa agena que ha tenido despues algun incremento? v. l. 79. §. 2. D. *de leg.* 3. y Alex. y Socin. en d. l. 8. pr. y la Glos. en d. l. §. ult.; dice allí la Glos. que si el testador tenia parte en la cosa legada, la lega como propia y despues adquirió la parte que le faltaba, esa parte no vendrá comprendida en la manda: empero segun Bart. de acuerdo con Jac. de Aren., cuando el testador lega simplemente el predio, tendrémos lo mismo que si lo hubiese legado como propio; si bien Bald. y otros citados por Alex. opinan lo contrario: Socin distingue; en el supuesto que la porcion agena fuese *pro indiviso*, aprueba la opinion de Bart.; de lo

como si le mandasse vn solar, e despues que gelo ouiesse mandado, fiziesse el testador (207) casa, o otro edificio en el. Ca estonce, aquel a quien fue fecha tal manda, deue auer tambien la casa, como el solar. E esso mismo dezimos que seria, si le fiziesse manda de vn campo, e despues se le acresciesse alguna cosa, por auenidas de rios que le corriessen de cerca; o se ayuntassen (208) a el otras cosas, assi como arboles; o fuesse y puesta viña despues. Otrosi dezimos, que deue auer aquel a quien es fecha la manda, los frutos (209) de

contrario, dice, tan solo vendrá comprendida en el legado en el único caso de haberse agregado á la otra, y no cuando el testador la hubiese poseido separadamente, pues que entonces mas bien que á la cosa parece acceder á la persona, arg. l. 10. al fin D. *de leg.* 2. y d. l. 8. Supóngase que el predio pertenecia por entero al testador, quien lo legó bajo la espresion *mi predio*, ¿vendrá comprendida en la manda la porcion de terreno contigua al mismo que posteriormente hubiese aquel comprado? V. Bald., Alex. y Socin. en d. l. 8. §. ult. Por el contrario, si el testador lega una cosa, por razon de la cual estaba obligado á cierta prestacion personal, cargará con ella el legatario? Contestarémos afirmativamente con Bart. en la l. 28. D. *de usufr. leg.* y la Glos. en la l. penult. D. *de leg.* 3., en el supuesto que el gravámen sea con relacion á los frutos, arg. d. l. 28.: ahora, si dicho gravámen es de otra clase, y se lo impuso el testador para obtener la cosa, no pasará al legatario, arg. d. l. penult. §. 3.: añad. l. 30. §. 1. D. *de leg.* 3., la que espresa, que si el arrendatario lega los frutos de la cosa que tomó en arriendo, no se entiende que imponga al legatario el cargo de pagar la pension, sino que deberá satisfacerse por el heredero. ¿Qué dirémos si la cosa legada sufriere disminucion? ¿menguará proporcionalmente el gravámen? V. l. 43. D. *de condit. et demonstr.* y allí la Glos. y en ella Bart. —* La doctrina sobre los aumentos de la cosa legada puede reducirse á las siguientes proposiciones. Pertenece al legatario: 1º el aumento de la cosa legada, que proviniere de accesion natural; l. 16. D. *de leg.* 3.: 2º el que es efecto de accesion industrial ó mista, cuando fuere obra del mismo testador, l. 14. D. *de auro et arg. leg.* y l. 31. D. *de leg.* 2.: 3º tambien las accesiones industriales ó mistas que provengan del heredero ó de un estraño; empero en este caso el legatario será responsable de lo invertido en el edificio, plantacion etc., segun los principios que rigen en materia de accesiones: 4º pertenecen tambien al legatario los aumentos por agregacion que sean obra del testador; por ej., si agregó un prado á la heredad legada, ó algunas reses al rebaño de que hizo manda, l. 10. D. *de leg.* 2. y l. 21. *de leg.* 1.: por último, si el legado es de un crédito, pertenecerán al legatario los intereses vencidos, l. 34. D. *de leg.* 3.

(207) Añad. d. l. 44. §. 4. D. *de leg.* 1., donde ademas puede verse, si habiéndose legado una casa, se deberá el solar al legatario, caso que aquella fuese destruida. Y si en dicho solar edificó el testador ó el heredero? véanse en d. lugar los DD.

(208) Los DD. en d. l. 8. pr. D. *de leg.* 1. deducen de aqui que el territorio que se agregare al reino deberá regirse por las mismas costumbres que este: asi lo indiqué mas arriba.

(209) Variaban las opiniones en este punto: la Glos. en la l. 38. D. *de leg.* 2., Jac. de Aren. y Ang. en la l. 69., pr. D. *de leg.* 1. y Bart. en d. l. y en la l. 18. D. *ad Trebell.* opinaban que el legatario podia reclamar los frutos, desde la muerte del testador, opinion que segun Alex. puede muy bien sostenerse, atendido que el legatario adquiere el dominio en el indicado tiempo; lo propio creia Alber. en la l. 15. pr. D. *ad leg. Aquil.*, fundado en el mismo texto: empero la opinion general no concedia al legatario los frutos hasta que la herencia estuviese adida; asi lo decide la Glos. en las ll. 8. y 42. D. *de usur.* y en la l. ult. C. *de usur. rei judic.*; y esta es la opinion que sanciona nuestra ley. Sin embargo, con Alex. en la l. 86. §. 2. D. *de leg.* 1., esceptuarémos, 1º los frutos que hubiese sembrado el testador, los que son debidos al legatario, aunque el heredero no esté en mora, ni tenga mala fe, Alber. de acuerdo con Oldr. en la l. ult. C. *de usur. et fruct. leg.*; 2º, el caso en que se hubiese entregado al legatario la cosa legada, ó que se le hubiese autorizado para tomársela; 3º, los intereses que vaya devengando el capital legado, segun Paul. de Castr. en d. lug., el cual aplica esto al legado de cantidades impuestas en el banco de Florencia, arg. l. 34. pr. D. *de leg.* 3.; 4º, el caso en que el testador dijere que lega la cosa con sus obvenciones, Glos. y Bart. en la l. 22. D. *de leg.* 2.; 5º, cuando el heredero demorase la adicion de la herencia, Bald. en la l. 1. C. *de usur. et fruct. legat.*, 6º, los frutos percibidos con buena fe por el heredero despues de la adicion de la herencia, los que por el contrario pertenecen al mismo heredero, mientras no estuviese en mora, segun la Glos. y la generalidad

aquella cosa que le fuesse mandada, si era de aquel que la mando, desde el dia que el heredero entre la heredad, por palabra, o por fecho. Mas si la cosa mandada fuesse agena, deuela comprar el heredero, e darla a aquel a quien el testador la mando dar. E si por auentura, non la quisiesse comprar, e aquel que la ouiesse a auer, le dixesse que la comprasse; estonce dezimos, que si la cosa fuesse atal, que del tiempo que la pidio en adelante, pudiesse lleuar fruto, tenudo es el heredero de darle aquella cosa, con los frutos que despues

de los DD. en d. l. 1. : sin embargo, distinguirémos en ese punto : restituirá los existentes; de los consumidos se le hará cargo en cuanto se hubiere hecho mas rico, y fuera de esto de nada responderá, en virtud de la buena fe, l. 44. D. *de acquir. rer. dom.* y Paul. de Castr. en d. l. 86. §. 2.

No obstante la l. 1. tit. 2. lib. 5. del ordenam. Real, la que dispone que subsistan los legados, aunque no sea adida la herencia, parece que quedará en pié lo dispuesto por esta l. de Part., es decir, que el legatario no podrá reclamar los frutos anteriores á la adicion de la herencia; pues que la cit. l. del ordenam. se refiere únicamente al parecer, á la adicion de la herencia en virtud del testamento, y no dice que no deba adirse por los sucesores legítimos, arg. l. 2. D. *de fideicom. libert.* Glos., Bart., Imol y otros en la l. 38. §. 1. D. *de hæred. instit.* y Jas. en la l. 14. C. *de fideicom :* ademas, comprueban esta inteligencia aquellas palabras de la cit. l. del ordenam., *estonce herede aquel, que segun derecho, ó costumbre de la tierra deuia heredar;* y por fin, cúmplese el objeto de la ley, quedando obligados á la prestacion de las mandas dichos sucesores legítimos, cuyo gravámen no debieran sufrir por derecho comun, segun Imol. en d. l. 38. §. 1. : por fin, no espresando la cit. l. que se deban los legados, aunque la herencia no sea admitida por los herederos abintestato, no debemos suponer hasta tal punto corregidos el derecho comun y las leyes de Part. Añádase á lo dicho, que entendiéndose de otra suerte la l. cit., tendríamos que en el supuesto de reclamarse los legados, mientras la herencia estaba vacante, podria suceder que para satisfacer cantidades de poca monta se distrajeran á bajo precio cosas de mucho valor; lo que es absurdo suponer que entrase en la intencion del testador: hace al propósito lo anotado por Bart. en la l. 9. D. *de alim. et cib. leg.*, vers. *quæro, an hæres sit requirendus.* Empero, la generalidad de las palabras de la l. del ordenam. nos inducen á creer que quiso subsistieran en todo caso las mandas, lo que no sucederia, si fuese indispensable cuando menos la adicion de parte de los herederos legítimos, de la que no habla una palabra: así pues, en virtud de d. l., aunque por persona alguna no se haya admitido la herencia, tendrán su derecho espedito los legatarios, y en ese caso implorarán el oficio del Juez, á semejanza de lo que respecto de las mandas piadosas opinaban Bald. en d. l. 38. §. 1. y el Spec., tit. *de act. et petit.*, col. 11.; y en apoyo de esto viene el que las palabras de la ley, cuando dice, *cúmplase el testamento*, parecen dirigidas al Juez. Análoga es la decision de Alex. en la l. 1. D. *de leg.* 1., sobre un estatuto parecido, el cual interpreta tambien allí Socin., admitiendo como probables los dos sentidos que antes hemos indicado, y añade que tomada la ley, en el último sentido, deberá nombrarse procurador para los bienes. Es indudable que el Juez, cuyo oficio se implora, deberá requerir á los sucesores legítimos, por si quieren adir la herencia, esto es, antes que nombre dicho curador y ordene el pago de los legados, Bart. en la l. 1. D. *de curat. bon. dand.*, y Alex. cons. 137., col. 3., vol. 2. Dado que en virtud de la cit. l. no deba esperarse la adicion de la herencia para la validez de los legados, parece consiguiente que los frutos se deban al legatario desde la muerte del testador; en efecto, segun la l. 86. §. 2. D. *de leg.* 1., y nuestras leyes de Part., los frutos no se debian, mientras la herencia no estuviese adida, porque, hasta haberse verificado la adicion; los legados estaban como en suspenso; quitado pues ese obstáculo por la cit. l. del ordenam., parece que ha desaparecido la consecuencia : sin embargo, el lector podrá meditar mas sobre este punto. ¿Qué dirémos si la cosa legada no perteneciere al testador, y sí al heredero, ó á un estraño? V. DD., lug. arriba cit., Bart. en la l. 18. D. *ad Trebell.*, Ang. Aret. en el §. 1. Instit. *de legat.* col. ult., Alber. y otros en la l. ult. C. *de usur. et fruct. legat.* y mas abajo en esta misma l. Por lo que mira al momento desde el cual se deberán los frutos siendo universal el legado v. l. 8. D. *de usur.* y l. 65. D. *de leg.* 2. — * Convenimos con Greg. Lopez en que despues de la ley del ordenam. en ningun caso será necesaria la adicion de la herencia para la validez de las mandas. Ahora bien, como la causa de no deberse los frutos mientras la herencia no estuviese adida no podia ser otra que el no ser definitivamente debido el legado, mientras aquel hecho no hubiese tenido lugar; es claro que quitada la necesidad de la adicion, el legatario tendrá derecho á los frutos

saliessen della (210), o la estimacion de todo.

LEY 38. *Como deue dar plazo el Juez al heredero, si non puede dar luego, o entregar la cosa que es mandada.*

Conosciendo el heredero en juyzio, que deue dar la manda que fue fecha a alguno, si por auentura non la pudiesse luego entregar (211), el Juez ante quien es fecha demanda en esta razon, deue dar plazo guisado a que la de. Mas si el heredero dixesse, que aquella cosa que ouiesse mandada a otro el testador, era agena, e la tuuiesse tan cara aquel cuya fuesse, que la non pudiesse comprar, si non por mucho mas de lo que valia, o si non la quisiesse vender; estonce dezimos (212), que abonda que el heredero entregue, a aquel a quien es fecha tal manda, de la estimacion de ella, quanto pudiesse valer comunalmente. Otrosi dezimos, que si algun testador que ouiesse dos sus sieruos, que fuessen padre e fijo, o si fuessen hermanos o parientes muy de cerca, e establesciesse el vno por su heredero, e mandasse el otro a alguno; si este que fuesse establescido por heredero, conosciesse la manda, e dixesse que la non queria cumplir, poderlo ya fazer, por razon del parentesco (213) que ha con el otro sieruo que es mandado; pero seria tenudo el heredero de dar la estimacion del. E esso mismo seria en las cosas, que auiniessen semejantes destas (214).

LEY 39. *Como puede el fazedor del testamento revocar las mandas, que ouiesse fechas.*

Reuocar (215) puede el testador todas las mandas que ouiesse fechas, cada que quisiere,

desde la muerte del testador. En otros términos: cuando la manda es de cosa propia, nuestra ley constituye en mora al heredero, por lo que mira á la prestacion de frutos, al momento que puede pedírsele el legado, aunque no haya interpelacion judicial; distinguiendo en este punto entre semejante legado y el de cosa agena. Aqui la ley del ordenam. no ha hecho mas innovacion que declarar debido irrevocablemente el legado desde la muerte del testador: luego desde este instante queda el heredero constituido en mora *ex re ipsa*, y por consiguiente sujeto á la prestacion de frutos.

(210) Añad. l. ult. C. *de usur. et fruct. leg.* y allí la Glos. y DD. Responderá tambien de lo que pudo percibir? Así parece, segun la l. 39. §. 1. D. *de leg.* 1., y si bien esta l. habla bajo el supuesto de haber legado el testador una cosa propia, Alber. sostiene en d. l. ult. que lo mismo tendrá lugar, cuando el legado sea de cosa agena; porque una vez adida la herencia y constituido en mora el heredero, vienen indistintamente los percibidos y los podidos percibir, en virtud de la l. 1. al fin C. *de usur. et fruct. legat.* Adviértase que entendemos los que pudo percibir el poseedor, y no los que pudo obtener el legatario, Alber. de acuerdo con Pedr. en d. l. ult., entendiendo en estos términos la cit. l. 39. §. 1. y la l. 35. pr. D. *de leg.* 3.: no obstante, si la cosa era propia del testador, será tambien responsable el heredero de los frutos que hubiera podido percibir el legatario, d. l. 39. §. 1.

(211) Por hallarse la cosa en otro lugar, l. 47. D. *de leg.* 1.; pues que el heredero debe por punto general entregar la cosa legada donde la dejó el testador; véanse en d. l. los casos de escepcion.

(212) Concuerda con la l. 14. §. ult. D. *de leg.* 3. y con el §. 4. Instit. *de leg.*; ademas véase la l. 10. de este tit. ¿Qué dirémos, si antes el heredero hubiese podido obtener por su justo precio la cosa legada? Véase una glos. notable en la l. 30. §. ult. D. *de leg.* 3.

(213) Concuerda con la l. 71. §. 3. D. *de leg.* 1.: nótense las palabras de mas arriba, *o parientes muy de cerca*, las que indican que la disposicion es algo mas lata que la del cit. §. 3.: hacen al propósito la l. 1. tit. 5. Part. 4. y la l. 11. C. *comm. utr. jud.*

(214) Es decir, cuando media afeccion por razon de las personas, al efecto de evitar un acto de inhumanidad; pero no si la afeccion es relativa á alguna cosa, segun d. l. 71. §. 3., de la que arguye Bald. que si un profesor instituye heredero á su hijo y lega los libros á un estraño, no será oido el hijo, si pretende pagar al legatario con la estimacion, á fin de no desprenderse de los libros de su padre, pues que la ley no atiende semejante afeccion; asi tambien opina Paul. de Castr. en d. lug.

(215) Adviértase, que revocando el prelegado hecho á uno de los herederos, se entiende tambien revocado el que se hizo al otro, si la revocacion tuvo por objeto la igualdad entre los mismos herederos, l. 25. D. *de adim. legat.* De aqui puede inferirse, que si el padre fundó un mayorazgo á favor de uno de los hijos, y despues crea otro mayorazgo á favor de otro hijo, espresando llevar por objeto la igualdad entre dichos sus hijos; puede inferirse, digo, que revocado el primer mayorazgo por causa de la igualdad dicha, se

quier sean fechas en testamento acabado, o en otra escritura qualquier. E aun las que fuessen fechas en testamento acabado, puedelas reuocar en otra escritura, que se faze ante cinco testigos, a que llaman en latin, Codicillus (216). Otrosi se podria desatar la manda, quando el testador cancelasse (217) la escritura della por su mano misma, o la mandasse cancelar a otro. Mas si la cancelasse otro alguno (218) sin mandado, e sin sabiduria del testador, valdria la manda, si fuesse cancelada de manera, que se pudiesse leer, o si se pudiesse prouar con cinco testigos, que fuesse fecha.

LEY 40. *Como se reuoca, o non, la manda, quando el testador enagena la cosa despues que la mando.*

Donacion faziendo el testador en su vida a algun ome, de alguna cosa que ouiesse mandada en su testamento a otro, desatase (219) porende la manda, porque semeja que se arrepintio, pues la dio a otro en ante que muriesse. Mas si la vendiesse, o empeñasse, non se desataria, nin reuocaria porende; ante dezimos, que aquel a quien fue mandada, que deue auer el precio por que fue vendida, o la estimacion, si fuere empeñada, assi como de suso diximos. E esto es, porque semeja, que pues que el testador la vendio, o la empeño, que su entencion fue de lo fazer, por mengua que auia, e non por reuocar la manda.

LEY 41. *Como se desata la manda, si la cosa de que es fecha, se pierde, o se muere.*

Si la cosa que ouiesse mandada el testador a otro señaladamente, se perdiesse despues, o si se muriesse, sin culpa del heredero (220), desatase porende la manda, e non seria tenudo el heredero de la cumplir. Pero si dubdassen, si se perdiera aquella cosa por su culpa del heredero, o si fuera traspuesta, o escondida con su sabiduria; estonce, deue el dar tal recabdo, que si pareciesse aquella cosa, que la de (221) a aquel a quien fue mandada. E de-

entenderá tambien revocado el segundo. Supóngase que el padre ordenó un mayorazgo revocable de ciertas fincas á favor de uno de los hijos, y que despues crea otro mayorazgo de las mismas fincas, á favor de otro hijo; ¿se entenderá revocado el primero, si de él hizo mencion en el segundo? Asi opinan la Glos. y Din. en la l. 42. D. *de donat. caus. mort.* : empero Paul. en la misma l. sostiene que el llamamiento del segundo hijo se entenderá hecho para el caso que no suceda el primero; hace al propósito la l. 68. D. *de leg.* 2.

(216) De aqui parece inferirse que tambien la revocacion hecha en codicilos producirá su efecto de derecho (*ipso jure*), como decian la Glos. y Paul. de Castr. en la l. 14. D. *de leg.* 1. : empero hallamos otra glos. contraria en la l. 27. C. *de fideicom.*, á la que se adhieren allí la generalidad de los DD. y Bart., Bald., Ang. y Alex. en d. l. 14., fundados en el tit. de las Instit. *de adempt. leg.* — *Véase la adicion á la glos. 41. del tit. 3. de esta Part.

(217) Añad. l. 1. §§. 2. y 3., y l. 3. D. *de his quæ in testam. del.*

(218) Añad. l. 1. pr. D. d. tit.

(219) Añad. l. 17. de este tit. y lo que allí dije. Puede esta l. de Part. aducirse para probar que, si el fundador de un mayorazgo hizo donacion de una de las cosas que habia amayorazgado, no volverá ella á formar parte del mayorazgo, aunque viniese á recuperarla, l. 15. D. *de adim. leg.*, y Bald. en la l. 3. C. *de legat.* : lo mismo tendremos, si la recupera por nulidad del acto de enagenacion, segun Bald. en la rubr. C. *de verb. signif.*, vers. *sed quid si testator.*

Qué dirémos, si el fundador del mayorazgo, habiendo incluido en él su casa principal, la vendió, comprando despues otra? Quedará esta subrogada en lugar de la primera? Asi parece, atendida la disposicion de esta l. de Part. y segun lo anotado por Bart. en la l. 4. D. *de lib. et post.* Supóngase ahora que el testador nombró herederos á dos hijos, amayorazgando en uno de ellos ciertas fincas y con ellas una que era agena, bajo la condicion, si la hubiese adquirido al tiempo de la muerte; añádase, que compró esta finca y la entregó al hijo; ahora bien, se dirá que ha faltado la condicion, ó se presumirá entregada la finca para que forme parte del mayorazgo? Nos decidimos por lo último, arg. l. 51. D. *de hæred. instit.*, junto con la Glos. en el §. 1.; véase la l. 22. D. *de leg.* 2.

(220) Trae esta l. su orígen de la l. 47. §§. penult. y ult. D. *de leg.* 1. y concuerda con Az. en la sum. C. *de legat.*, col. ult., vers. *item liberatur hæres.*

(221) Tenemos aqui que el heredero debe dar caucion únicamente de entregar la cosa cuando la tenga, á no ser que la hubiese perdido por su culpa, Glos en la l. 8. pr. D. *de leg.* 2. y Bart., Ang. é Imol. en d. l. 47. No obstante el heredero estará tambien obligado á buscar al siervo que se escapó, asi como las demas cosas de esta naturaleza, pero de cuenta y riesgo del legatario, l. 108. pr. D. *de*

zimos, que estonce se pierde la cosa por culpa del heredero, quando non la guardasse, o non la fiziesse guardar, assi como las otras sus cosas (222); o si se perdió, detardando (223) a sabiendas de la dar, por non querer, o por negligencia del. E porende la deue pechar el heredero a aquel a quien fue mandada; fueras ende, si el testador ouiesse fecha manda a otro de algun sieruo, e despues le fallasse el heredero con su muger, o con su fija (224), e lo matasse. Ca estonce non seria tenudo de cumplir la manda, nin de pechar ninguna cosa por el, aquel a quien fue mandado tal sieruo.

LEY 42. *Como se desata, o non, la manda que es fecha, de lana, o de madera, o de otra cosa semejante, si se fiziesse despues alguna lauor dellas.*

Lana, o madera auiendo algund testador, si despues que ouiesse fecha manda dellas, en ante que se muriesse, fiziesse paño (225) de la lana, o fiziesse de la madera casa, o naue, o otro edificio, desatase porende tal manda, e non vale despues; porque faziendo esto, entiendese que quiso reuocar la manda a aquel que la auia

leg. 1.: y parece que la caucion deberá tambien versar sobre este punto y no limitarse al de la entrega, arg. l. 69. §. ult. d. tit., asi opinaban Bart. y otros en d. l. 8. y Paul. y Alex. en d. l. 47.; y en estos términos parece debe entenderse nuestra l. Si el esclavo era ya fugitivo al tiempo del testamento, el heredero deberá perseguirlo á sus costas, l. 39. D. *de leg.* 1., y allí la Glos.; entiéndase esto en el caso que los gastos debiesen absorver el valor del legado, segun Bart., Paul. y Alex. lug. cit.; pero no cuando fueren de poca monta.

(222) Adviértase que los intérpretes del derecho comun admiten generalmente en este punto una distincion, distincion que espresa Bart. en la l. 47. §. 5. D. *de leg.* 1.: el cuasi-contrato, dice, que se celebra, mediante la adicion de la herencia, entre el heredero y el legatario, ó resulta principalmente en utilidad del segundo, por consumirse en el legado la mayor parte de los bienes hereditarios; ó resulta principalmente en provecho del heredero, por quedarle gran parte de la herencia despues de satisfechos los legados; ó bien el cuasi-contrato es cuasi igualmente beneficioso á entrambos: en el primer caso opinan que el heredero responderá únicamente del dolo y la culpa lata, arg. l. 22. §. 2. D. *ad Trebell*; en el segundo, quieren que se le haga responsable hasta de la culpa levísima, arg. d. l. 47. §. 5.; y de la leve en el último, arg. l. 108. §. 12. D. *de leg.* 1. El autor de esta distincion es Pedr., el cual la hace en d. l. 47. §. 5.; sostiénela Bart. en la l. 32. D. *depos.* cuest. ult., y se adhieren á ella los mas de los DD., como atestiguan Alex. y Jas. en d. §. 5. Empero Bart. sostiene allí que en ningun caso responderá de la culpa levísima el heredero, pues que obligándose en virtud de un cuasi-contrato celebrado en beneficio de entrambas partes, l. 3. al fin D. *quib. ex caus. in poss. eat.*, puede tan solo hacérsele cargo de la culpa leve, l. 5. §. 2. D. *commod.* y l. 23. D. *de reg. jur.* Esta fue la opinion de la Glos. en d. §. 5., opinion que parece adoptar Az. en la sum. C. *de legat.*, col. ult., donde se lee: *culpa autem æstimanda est, non tamen dolo proxima, sed etiam levis et ut non prætermittat quod debet facere, et sit diligens in faciendo, quod pertinet ad rei custodiam;* y alega la cit. l. 47. §. 5. Y ciertamente nuestra l. de Part. parece estar escrita en el mismo sentido, mayormente atendidas aquellas palabras, *asi como las otras sus cosas*; y lo que es mas, la culpa leve de que hace responsable el heredero, no es la que definen Bart. en la cit. l. 32. col. 8. y 9., y la l. 3. tit. 3. Part. 5., y sí la que se presta y define allí mismo Bart., respecto de las cosas comunes; y á la verdad, si bien al legatario se le trasmite de derecho el dominio de la cosa legada, no obstante no se considera como del todo agena respecto del heredero, como dije tratando de una cuestion análoga en la l. 2. tit. 2. Part. 5. Sin embargo en la aplicacion de esta l. de Part. que se comenta, no habrá dificultad en admitir la distincion de Bart., (generalmente admitida y suficientemente apoyada en los testos que cita), pues que nuestra l. partiria del supuesto que del cuasi-contrato resultasen igualmente beneficiados el heredero y el legatario: añádase que la cit. l. 47. §. 5. prueba, á menos de violentar su sentido, que el heredero puede tambien ser responsable de la culpa levísima.

(223) Asi pues, el heredero responde del valor de la cosa legada, si ella perece despues de la mora, d. l. 47. §. 5.; sin que se atienda á si la cosa hubiera, ó no perecido, hallándose en poder del legatario: esta es la opinion mas general, Glos. y DD. en la l. 5. D. *de reb. cred.* y en la l. 82. §. 1. D. *de verb. oblig.* y allí Bart., y Alex. en d. l. 47. §. 5.: véase lo que dije en la l. ult. tit. 2. Part. 5. glos. ult.

(224) Añád. l. 53. §. 3. D. *de leg.* 1. y allí la Glos.

(225) Concuerda con las ll. 70. y 88. D. *de leg.* 3., y hase tomado de Az. sum. *de leg.*

fecho. Otrosi dezimos, que si el testador fiziere manda de alguna carreta, o carro, que aquel a quien es mandada tal cosa, la deue auer con la bestia que la trae. Pero si despues, en vida del testador, se muriesse la bestia (226) que la solia traer, desatase porende la manda, e non vale; fueras ende, si el testador en su vida metiesse otra bestia en lugar de aquella que fuesse muerta, ca estonce aura la manda aquel a quien fuesse fecha.

LEY 43. *Como se desata la manda, si el señorio de la cosa de que es fecha, le gana despues aquel a quien era mandada.*

Rescibiendo (227) algun ome, en manera de donacion, aquella cosa misma que algund testador le ouiesse mandado, quier gela diesse aquel que la auia mandado, o otro qualquier que la touiesse, non puede demandarla despues por razon de aquel testamento en que le fue mandada. Pero si la cosa que fuesse dexada en testamento a otri, la diessen despues algunos otros, que non fuessen herederos del testador, (*h*) al sieruo de aquel mismo a quien fue mandada; estonce el señor del sieruo bien puede demandar la estimacion de aquella cosa que le mandaron, al heredero del testador, maguer que las cosas que gana el sieruo pertenescen al señor. E avn dezimos, que si aquel a quien es mandada alguna cosa en testamento, o en codicilo de otro, la ganasse despues por compra, o por cambio, de alguno que la touiesse; estonce avn, bien puede demandar al heredero del testador la estimacion della, e el deuege pagar.

(*h*) ó al siervo Acad.

LEY 44. *Como vale, o non, la manda, que es fecha de vna cosa en testamento de dos omes.*

Vna casa (228), o vna viña, o otra cosa qualquier, seyendo mandada a algun ome en testamento de dos testadores, que lo fiziessen apartadamente; si acaesciesse, que aquel a quien la mandaron, que ouiesse primero la estimacion de aquella cosa del heredero del vn testador, bien puede por esso aun demandar al heredero del otro, que le de aquella cosa que le fue mandada. Mas si primeramente rescibiesse aquella cosa misma que le fue mandada, del heredero de vn testador, auiendo la possession e la propiedad della, de manera que segund derecho non gela pudiessen contrallar (229), estonce non podria demandar la estimacion della al heredero del otro que gela auia dexado.

LEY 45. *Como, si la cosa es mandada muchas vezes en el testamento, non es tenudo el heredero de la dar mas de una vez.*

Muchas vegadas (230) mandando el testador vna cosa misma, assi como casa, o viña, o otra cosa señalada, a vn ome en vn mismo testamento, non se entiende que el heredero la deue dar mas de vna vez (231). Mas si acaesciere, que el testador mandasse a otro quan-

col. ult. vers. *item liberatur hæres propter transformationem rei.*

(226) Habla esta l. del caso que el carruage fuese tirado por un solo caballo ó mula. Qué dirémos si el testador lo hiciera tirar por dos, y uno de ellos hubiese muerto? Si invalidará ó no en tal caso el legado? no subsistirá si tuviese por objeto el usufructo del carruage, porque la esencia de este legado está en la forma de la cosa, la que desapareciendo, ó destruyéndose, necesariamente ha de invalidarse el legado, arg. l. 30. §. ult. y l. 5. §. ult. D. *quib. mod. usufr. amitt.* y en la primera Ang. y Bald. Si la manda tiene por objeto la propiedad, decídase con Bart., Imol. y Castr. en la l. 65. §. 1. D. *de leg.* 2.

(227) Trae su orígen de la l. 108. §. 1. D. *de leg.* 1., y del §. 6. Instit. *de leg.*, y concuerda con lo anotado por Az. en la sum. C. d. tit. vers. *item succurritur hæredi.*

(228) Hase tomado de Az., sum. C. *de legat.* col. ult. vers. *sed et ubi res mihi legata est in duorum testamentis.*

(229) V. l. 82. pr. D. *de leg.* 1.

(230) Hase tomado de Az. sum. C. *de legat.* col. ult., vers. *item succurritur hæredi.*

(231) Concuerda con las ll. 34. §. 1. D. *de leg.* 1., y 66. §. 5. D. *de leg.* 2.; y segun Imol., Raf., Paul. y Alex., tendrá esto lugar aunque el testador hubiese dicho que la misma cosa se entregara diferentes veces; pues que por una misma causa no puede deberse una cosa mas de una vez. Qué dirémos, si el testador legó una finca á Ticio, y en el mismo testamento legó la misma finca al esclavo de Ticio? Se entenderá entonces duplicado el legado? Asi parece deducirse de la l. 14. de este tit., añad. l. 53. §. 2. al fin, y l. 101. pr. D. *de leg.* 1.: y no importa, segun Castr. en d. §. 2., que se haya conseguido antes que el precio la cosa, ó vice-versa; pues aun cuando se reciba primero la cosa, podrá pedirse luego la estimacion, como legada al esclavo; y en efecto, mediando dos personas,

tia cierta de marauedis, o de otra cosa qualquier que se pudiesse contar, o pesar, o medir, e en aquel mismo testamento le mandasse tanta quantia cierta muchas vezes; si aquel a quien la mandaron (232) pudiere prouar, que quantas vegadas le mando aquella quantia, tantas vegadas fue su entencion de acrescer en la manda, estonce bien puede auer todas las quantias que son nombradas en el testamento cumplidamente; mas si non lo pudiere prouar, deuese tener por pagado de la una quantia dellas. Pero si el testador mandasse en su testamento quantia cierta de marauedis a vn ome, e despues desto fiziesse otro testamento, o otra escritura que es llamada en latin, Codicillus, en que le mandasse aquella quantia misma otra vez, estonce se entiende, que el testador quiso fazer tal manda dos veces (233); fueras ende, si pudiere prouar el heredero, que su entencion fuera del testador, que la non ouiesse mas de vna vez.

LEY 46. *Si el testador manda a otri algun su sieruo en tal manera, que se sirua del, non se entiende que gelo da del todo.*

En tal manera faziendo el testador manda a algun ome, como si dixesse: Mando que fulano mio sieruo, que sirua a tal ome. Por tal manda como esta non se entiende (234), que aquel a quien es fecha la manda, puede auer propriedad, nin señorio en el sieruo; mas aura en su vida el seruicio del tan solamente, e despues que el muriere, deue tornar el siervo al heredero del testador.

LEY 47. *Como, si alguno manda a otro carta, o escritura de debdo que le deuan, entiendese que le manda aquel debdo que le deuian.*

Carta, o escritura alguna, que fuesse fecha sobre debda que deuiessen al testador, seyendo la carta atal, que se pudiesse el debdo prouar por ella; si tal carta mandasse el testador a algun ome, entiendese que le manda aquel debdo (235), que le deuen por aquella carta. Otrosi dezimos, que si algun testador ouiesse a dar quantia cierta de marauedis a algun ome, e dixesse assi en su testamento; que mandaua a otro alguno que fuesse su debdor, que los marauedis que le deuia, que los pagasse aquel otro; por tal manda como esta non se entiende (236) que aquel que deuia auer los marauedis del testador, que los podria demandar a aquel su debdor, a quien mando que gelos diesse; mas bien puede pedir al heredero del testador, que le constriña al otro, de manera que gelos faga dar, e el heredero (237) ha poder de lo fazer.

LEY 48. *En que tiempo, e en que lugar, pueden demandar las mandas.*

Fazen los omes mandas a las vegadas de cosas ciertas señaladas, assi como quando dize el testador: Mando a fulano ome, mio sieruo que assi ha nome; o, mio cauallo que es de

no obsta el concurso de dos causas lucrativas, aunque ellas vengan á reunirse en un mismo sugeto, es decir, de un modo indirecto. Qué diremos, si habiéndote legado la mitad de un predio, te legare mas abajo el mismo predio? Castr. en d. §. 1. asienta, que en el segundo legado no se comprenderá mas que la parte á que se hizo referencia en el primero; si bien, segun el mismo, si mi heredero te legare una finca de la cual yo te habia legado parte, se entenderá que se refirió á la parte restante, arg. l. 66. pr. D. *de leg.* 2.: y el cit. D. recomienda mucho la primera decision, diciendo que á primera vista cualquiera resolvería de un modo opuesto. Empero Alex. en d. §. 1. parece inclinarse á que deberá entenderse de todo el predio la segunda manda en el primer supuesto de Castr.

(232) V. d. l. 34. §. 3. D. *de leg.* 1. y l. 47. D. *de leg.* 2.

(233) Concuerda con la l. 12. D. *de probat.*

(234) Concuerda con la l. 24. §. ult. D. *de usufr. leg.*: el caso de esta l., dice allí Alber. no haberlo visto en otra parte.

(235) Concuerda con la l. 44. §. 5. D. *de leg.* 1.: de otra suerte el legado de un instrumento no trajera consigo utilidad alguna; sin embargo, si uno renuncia un documento, no por esto se entiende renunciar la deuda y sí solo la prueba que por medio de aquel pudiese verificar, Bald. en la l. 2. §. 1. D. *de pact.*, arg. l. 3. C. *de fid. instrum.*; y si la ley ó estatuto anulan un instrumento, en caso de de duda se entenderá únicamente anulada la prueba que por medio del documento hubiera podido verificarse, pero no el contrato ú obligacion, Imol., Raf., Paul. y Alex. en d. §. 5., contestando á Bald., el cual allí y en la l. 84. §. 7., d. tit. *de leg.* 1. sostiene lo contrario: v. Castr. cons. 5. vol. 2. y Déc. cons. 17.

(236) Añad. l. 49. §. 4. y l. 69. §. 2. D. *de leg.* 1., y l. 11. §. 22. D. *de leg.* 3.

(237) El heredero es el único que tiene

tal color; o otra cosa qualquier que le mandasse, señalandola de manera que puedan saber ciertamente, qual es; dezimos que la manda que fuesse fecha de tal cosa, como sobredicho es, que la puede pedir aquel a quien fue mandada, luego quel heredero entra la herencia (238) del testador, en alguno destos tres lugares (239), o alli do morare el heredero, o en el lugar do fuere la mayor partida de los bienes del testador, o en otro lugar qualquiera que fuere fallada la cosa, de que fizo el testador la manda. E en qualquier destos lugares, do fuere demandada, la deue entregar (240) el heredero; fueras ende, si el testador nombrare lugar cierto, do sea dada la cosa, ca estonce, alli deue ser dada, do el ouiesse mandado (241) que la diessen. Otrosi dezimos, que si el heredero mudare la cosa mandada de vn logar a otro engañosamente, por fazer daño a aquel que la deuia auer, si esto fuere prouado, estonce la deue aduzir a su costa aquel lugar (242) onde la traspasso, e darla a aquel que la deuia auer. E esto deue ser guardado en las cosas señaladas, de que faze manda el fazedor del testamento. Mas las otras cosas que son mandadas, de que faze manda generalmente (243), assi como quando dize el testador: Mando a fulano vn sieruo, o vn cauallo, non diziendo qual; o si le mandasse quantia cierta, de alguna cosa que se pudiesse contar, o medir, o pesar; dezimos, que la manda que fuesse fecha de alguna de las cosas sobredichas, que la puede pedir aquel a quien fuere mandada, en aquel lugar do morare el heredero; o alli do fuere la mayor partida de los bienes del testador; o en otro logar qualquier, do el heredero començare a pagar (244) las mandas; o en aquel lugar do el testador las mandasse pagar (245). E sobre todo dezimos, que en aquel tiempo, e en aquella manera deuen ser pagadas las mandas, que el testador mando señaladamente en su testamento, que las pagassen. E los pleytos de las mandas, deuen los Judgadores ante quien vinieren, librarlos derechamente, e sin alongamiento (246), e sin escatima ninguna.

TITULO X.

DE LOS TESTAMENTARIOS, QUE HAN DE CUMPLIR LAS MANDAS.

Testamentarios son llamados aquellos que han de seguir, e de cumplir las mandas, e las voluntades de los defuntos, que dexan en sus testamentos. Onde, pues que en en el título ante deste fablamos de las mandas, queremos dezir en este de los Testamentarios, que las han de cumplir. E mostraremos (1), que quiere dezir Testamentarios, e a que cosas tienen

accion, porque fue por consideracion á él que el testador dispuso que su deudor pagase al tercero, no importando que las palabras dispositivas no sean dirigidas al mismo heredero, ll. cit. y v. Socin. cons. 73., vol. 3. dud. 4.

(238) Tenemos en esta l., conforme con la l. 14. C. *de fideicom.*, que para la perfeccion del legado, para que pueda pedirse, es indispensable la adicion de la herencia; pero hoy dia atiéndase á lo dispuesto por la l. 1. tit. 2. lib. 5. del ordenam. Real. (l. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.)

(239) Concuerda esta l. con Az. Sum. C. *ubi fideicom. pet. oport.*, y trae su orígen de las ll. 38. y 50. pr. D. *de jud.* y 47. D. *de leg.* 1.

(240) Parece que deberá entregarse en el lugar donde se encuentra, segun la l. 47. pr. y §. 1. D. *de leg.* 1., y la l. 52. §. 3. D. *de jud.*; sin embargo deberá entregarse en cualquiera de los lugares que aqui se indican, esto es, en aquel donde se pida; si bien que, pidiéndose la cosa legada donde no se encuentra, se transportará al lugar del juicio, de cuenta y riesgo del legatario, ll. 10. y 11. D. *de rei vindic.*; véase la l. 38. de este tit.

(241) V. d. l. 47.

(242) Adviértase que el heredero que despues de la muerte del testador cambió de lugar la cosa legada con dolo ó culpa, no se librará devolviéndola al punto donde se encontraba, sino que deberá entregarla á sus costas en el lugar del juicio, arg. d. l. 47. vers. *sed si alibi*, y en estos términos la entiende allí Paul. de Castr. Empero, nuestra l. de Part. parece satisfecha en este caso con que el heredero vuelva á sus costas la cosa legada al lugar donde se encontraba á la muerte del testador.

(243) Añád. l. 38. vers. *præterea*, y l. 50. pr. D. *de jud.* y d. l. 47.

(244) Añad. l. 50. §. ult., l. 51. y l. 55. 1. respons., D. *de jud.*

(245) O bien en donde es verosimil que el testador quiso que se satisfacieran: por ej., si legó 100 fanegas de trigo de cierto granero, se entenderá que quiso que se entregaran en el lugar donde aquel se hallaba situado, ll. 38. y 52., §. 1. D. *de jud.* y d. l. 47.

(246) Añád. nov. 1. cap. 4. y allí la Glos. y Ang. Procederáse ejecutivamente para el cobro de los legados? Véase á Rodr. Suar. en la repet. á la l. 56. D. *de re jud.* vers. 6. *casus.*

(1) Los copiladores de las Part. han ido en

pro, e en que manera deuen ser puestos. E que poderio han en las mandas, e en los testamentos. E como deuen cumplir la voluntad del finado, e fasta quanto tiempo. E quien los puede apremiar que las cumplan. E quien deue entrar en el logar dellos, para cumplir el testamento, si por su culpa lo ouieren a sacar de sus manos. E que pena deuen auer los testamentarios, quando maliciosamente alongassen de cumplir las mandas del testamento.

LEY 1. *Que quiere dezir Testamentarios, e a que tienen pro, e en que manera deuen ser fechos.*

Cabeçaleros, e Testamentarios, e Mansessores, como quier que han nomes departidos (2), el oficio dellos vno es; e en latin llamanlos, Fideicomisarios (3), porque en la fe, e en la verdad destos (4) omes tales, dexan, e encomiendan los fazedores de los testamentos el fecho de sus animas. E tienen grand pro estos atales, quando fazen su oficio lealmente, ca se cumplen, mas ayna por acuçia dellos las mandas que son puestas en los testamentos. E puedenlos establescer para esto, estando ellos presentes ante los fazedores de los testamentos, e aun que lo non sean (5).

LEY 2. *Que poderio han los Testamentarios en cumplir las mandas de los testamentos, e como deuen cumplir las mandas del finado.*

Poderio han los Testamentarios de entregar e de dar las mandas (6) que son fechas en los testamentos, e en los cobdicilos, en la maneras que los fazedores de los testamentos lo or-

este punto mas lejos que Jacob. de Aren., el cual hizo un tratado sobre los testamentarios, dividiéndolo en cuatro partes, tratado que cita Juan Andr. en las adicion. al Spec., tit. *de instrum. edit.* §. *nunc verò aliqua.*

(2) Llámanse tambien *executores*, *divisores*, *distributores*, *dispensatores* y *ministri*, como dice el Specul., lug. cit., col. 3. vers. *porrò.*

(3) Asi los llaman Hubert. de Bov. en la l. 28. C. *de Episc. et Cler.* y Accurs. en la l. 18. D. *ad leg. Cornel. de fals.*, en la l. 36. C. *de donat.*, y en la l. 7. D. *si cui plus quam per leg. Falc.*

(4) Síguese de aqui, que los elegidos por el testador serán preferidos al Obispo, nov. 131., cap. 7.; si bien no podrá aquel impedir que ese Prelado intervenga, cuándo los testamentarios desempeñaren mal su cargo, Abb. en el cap. *tua nobis*, *de testam.* ¿Qué dirémos si el testador no hubiese dejado albacea alguno? Al Juez incumbe nombrarlo, segun Bart. en la l. 3. D. *de alim. et cib. leg.*: añádase que hay ciudades que por estatuto tienen testamentarios ó albaceas designados, v. Bald. en la auth. *hoc amplius*, C. *de fideicom.*, col. 2. y Felin. en el cap. *Ecclesiæ sanctæ Mariæ, de constit.*, col. 40. Adviértase ademas que la ejecucion de las mandas piadosas toca de derecho al heredero, si no hay albacea nombrado, cap. 3. *de testam.*, y v. l. penult. de este tit.: si la manda es para la redencion de cautivos, pertenece en el mismo supuesto la ejecucion al Obispo, d. nov. 131., cap. 10. y 11. Cuando se trata de la restitucion de las cosas obtenidas á la fuerza, ó de otra suerte ilícitamente, de las que solo consta por confesion del testador, el cumplimiento corresponde á las personas que dicho testador ha nombrado, en falta de estas al heredero ó al albacea nombrado por el Juez, segun Juan de Ana., y Felin. en el cap. *cum sit, de Jud.*: ahora, si el hecho pudiese probarse de otra manera que por la confesion dicha, la restitucion se verificará con la intervencion del Obispo, segun Abb. y Felin. en d. cap. y en el cap. *sicut dignum*, §. *eas insuper, de homicid.* Empero para determinar lo que se ha adquirido á título de usura no cabe nombrar otra persona fuera de dicho Prelado, Domin. cons. 20., al cual véase. Adviértase, que el albacea sospechoso podrá ser removido; v. Spec. en d. §. *nunc verò aliqua*, fól. 6., col. 3., vers. *quid si executor est suspectus.*

(5) Añad. l. 1. §. ult. D. *de procurat.*: son los testamentarios á manera de procuradores constituidos para despues de la muerte, segun Bald. en la l. 6. C. *de pignor. act.*

(6) Tenemos aqui bien espreso que el albacea puede dar al legatario la posesion de la cosa legada: el Spec. en d. §., fól. 7., col. 1., vers. *item dicunt quidam*, se inclina á que de su propia autoridad no podrá tomar las cosas legadas, siendo menester que se le entreguen, arg. l. ult. §. ult. C. *arbitr. tut.* y l. 32. §. 1. C. *de Episc. et Cler.*: podríamos decir que no compete al albacea semejante facultad, si el heredero lo resiste, pues que no se halla autorizado para desposeerlo con violencia, l. 176. D. *de reg. jur.*; asi opina Bald. en la l. 24. C. *de Episc. et Cler.*, col. 8., vers. 18. *quæritur*, y lo persuaden las palabras que se leen mas abajo en esta l., *pueden procurar y demandar las cosas* etc.: ahora, no mediando la oposicion indicada, parece que el albacea podrá tomar de su propia

denaren. E pueden procurar, e demandar las cosas (7) de que fuessen fechas las mandas, quier las touiesse el heredero del finado, quier otri. Pero si los herederos sospecharen (8) que los cabeçaleros non daran las mandas, a aquellos a quien fueron mandadas, deuen tomar tal recabdo dellos, que sean ende seguros que las den, segund son escritas en el testamento. E si tales omes fuessen, que no sean sospechosos, assi como (a) Frayles (9) e omes religiosos, non deuen tomar este recab-

(a) freires ó homes Acad.

autoridad las cosas legadas; y viene en apoyo de esto lo que dice Bart. en d. l. col. 7., á saber, que el ejecutor puede en el fideicomiso universal efectuar la restitucion, la que es cosa de hecho, así como la del legado particular: añad. Bald. en la l. 5. C. *de legib.*, que si el ejecutor es al mismo tiempo legatario, podrá por sí mismo tomarse el legado, arg. l. 78. §. 1. D. *de contr. empt.* y lo anotado en la l. 11. C. *de furt.* No obstante, en ese punto conviene atender á la forma de la comision ó poder; por ella debe decidirse sobre las facultades del albacea, Bald. en d. l. 24., col. 4., vers. *venio ad* 4., Bart. en la l. 9. D. *de alim. et cib. leg.*, col. 3., junto con las palabras que se leen mas abajo en esta l.; *en la manera que los fazedores de los testamentos lo ordenaren.*

(7) Añad. l. 28. C. *de Episc. et Cleric.*, v. l. 4. de este tit.

(8) Tenemos pues que el heredero no podrá exigir esta caucion, cuando no mediare justo motivo de sospecha: por punto general el albacea no debe caucionar, l. 7. D. *si cui plus quam per leg. falc.* y allí Bart., l. 21. §. 4. D. *de ann. leg.*, l. 26. §. 1. D. *quand. dies leg. ced.* y Salic. en la l. 28. C. *de Episc. et Cleric.*, vers. *quæro* 2., fuera de la Glos.

(9) Estos pueden ser albaceas con licencia del superior, cap. 2. *de testam.*, lib. 6. y Clement. 1., d. tit., por la que se ve, que los religiosos que aceptan semejante cargo ante los jueces ordinarios podrán ser reconvenidos por el dolo y la culpa, y precisados á rendir cuentas de su administracion, aunque de otra parte gozan del fuero. Sin embargo los frailes menores son removidos de semejante cargo, Clement. *exivi*, §. *verum*, *de verb. signif.*, y allí Cardinal. y Anchard. sostuvieron que ni aun podia cometérseles la distribucion entre los pobres, con lo que estan de acuerdo Domin. y Felip. Franc. en d. cap. 2.; empero lo contrario asienta Bart. en el tratado *Minoricarum*, lib. 3., cap. 4., diciendo, que siendo esta distribucion ó eleccion, mas bien de hecho que de derecho, no habia inconveniente en encargárseles, l. 77. §. 4. D. *de leg.* 2., y l. 17. §. 4. D. *ad trebell.*; lo mismo opinan Rom. cons. 409., col. 2. y Bald. en la l. 24. C. *de Episc. et Cleric.*, col. 3.; y esta opinion nos parece la mas acertada, atendido que respecto de semejante eleccion, cesa el motivo de d. §. *verum*. Asi opina tambien el honorable Covarrub. en su relecc. á d. cap. *tua nobis*, *de testam.*, col. 1., y añade, fundado en la misma razon, que la eleccion de albaceas puede cometerse á los religiosos de que se trata; pero óbstale sobre manera la decision de Bald. cons. 39., n. 2. vol. 5., donde dice ser nula una declaracion semejante hecha por un fraile menor, pues que de otra suerte seria posible hacer recaer el nombramiento en un amigo, y por este conducto podria enriquecerse el que ha hecho voto de pobreza, y cabalmente ese riesgo es el fundamento de la cit. Clement. *exivi*. Sobre el cit. cap. 2. *de testam.* lib. 6., es notable Paul. de Castr. en el cons. 13. vol. 1.: allí sostiene que dicho cap. no será aplicable al religioso á quien se le hubiese conferido perpetuamente un curato, porque, si bien conserva el carácter de religioso, parece como separado del monasterio, á mas de que está libre de la obediencia del superior: en el mismo lugar coloca al prior conventual que se le ha enviado fuera del monasterio á regir un convento, por mas que pueda llamarle el abad cuando le plazca: esto lo tengo por dudoso. Adviértase tambien que Feder. cons. 293., al fin, decide ser válidos los actos de albacea practicados por un fraile menor, aunque hubiese procedido sin licencia del superior; si bien que debió abstenerse de ellos: conviene con esta decision Felin. en el cap. 2. *de jud.*, col. 2., y esta dice ser la opinion mas general Déc. cons. 494. y 499.: pero adviértase que si bien en la l. 85. §. 1. D. *de reg. jur.* adopta la opinion de Feder., se separa de ella en los cits. cons., fundado en la l. 5. C. *de leg.* y en otras razones que allí pueden verse. Contra Feder. opina tambien Felip. Fran. en d. cap. 2., fundado en aquellas palabras, *religiosus executor esse non potest*, las que manifiestan que el acto seria nulo, Glos. en el cap. 1. *de reg. jur.*, lib. 6. y en la l. 29. pr. D. *de lib. et posth.* Sin embargo, podria tal vez sostenerse la opinion comun, contestando con el mismo Feder. á d. l. 5., que si la ley prohibe simplemente un acto por respeto á las costumbres, valdrá, si se verifica, por mas que sea contraviniendo á la ley, y allí alega Juan Andr. en el cap. *sicut*, *ne cleric. vel monach.*: ademas al cit. cap. 2. podria contestarse que las palabras *non potest*, no

do dellos; nin son ellos tenudos de lo dar, maguer gelo demandassen. Ca tales personas como estas, deue ome sospechar, que lo faran bien (10).

LEY 3. *Que los testamentarios deuen cumplir la voluntad del finado (b) e non segund su aluedrio.*

Si el fazedor del testamento mandasse dar a personas ciertas de lo suyo algunas cosas señaladas, o cierta quantia de marauedis, e todos los otros bienes que ouiesse, dexasse en mano de alguno que establesciesse por su testamentario, otorgandole poder, que el segund su aluedrio los partiesse a pobres, tal testamentario como este, non puede dar mas a ninguna de aquellas personas ciertas, de quanto el le mando dar señaladamente (11) en su testamento; maguer viesse el, que alguno dellos era muy pobre, e seria bien de darle mas de aquello que le auia mandado el testador: como quier que puede partir los otros bienes

(b) asi como la él ordenó et non segunt Acad.

se refieren á la validez del acto, y sí al religioso á quien se prohibe ejercerlo; y de consiguiente no se niega la validez, si de hecho lo practica: trátase de impedir que el religioso lucre indebidamente, pero no de perjudicar á un tercero: en estos términos deben entenderse la Glos. en d. cap. 1. y la l. 55. D. *de leg.* 1. Viene en apoyo de esto el que si bien no es permitido estipular para un tercero, segun la l. 38. §. 17. D. *de verb. oblig.*, con todo, si esa estipulacion se verifica, nace obligacion natural á favor de dicho tercero, Alex. en d. §. 17. Adviértase tambien que la muger puede ser albacea, l. 15. pr. D. *de alim. et cib. leg.* y allí Bart.: y la que lo fuere del testamento de su marido, no pierde el derecho de ejecucion, aunque contraiga segundo matrimonio, Bart. lug. cit. y en la auth. *eisdem*, C. *de secund. nupt.*, Déc. en la l. 2. D. *de reg. jur.* y v. Juan de Plat. en la l. 9. C. *de muner. patrim.* Puede tambien serlo el menor de 25. años, con tal que haya cumplido los 17., Glos. en d. cap. 2. pr. *de testam.*, lib. 6.

(10) Segun esta l. la presuncion está en favor de los religiosos; añád. cap. 2. *de nov. op. nunt.* y la Glos. allí y en el cap. *de præsentium portitori*, 16. q. 1.

(11) La razon está en que en la facultad general atribuida al testamentario, no se entienden comprendidas aquellas personas que son objeto de disposicion especial, l. 30. pr. D. *de leg.* 1., l. 119. D. *de verb. oblig.*, l. 41. §. 5. D. *de vulg. et pup.*, ll. 20. y 16. §. 2. D. *de alim. et cib. leg.* y l. 41. §. 3. D. *de leg.* 3.: esceptúese el caso que la disposicion especial á favor de dichas personas fuere posterior á la general en el órden de la escritura, l. 19. §. 1. D. *de ann. leg.* y Bart. de acuerdo con la Glos. en la l. *quæsitum*, §. ult. D. *de usufr. leg.*, col. 3.; y la razon consiste en que precediendo la disposicion general, abraza todas las personas á las que las palabras pueden aplicarse; y por mas que venga despues una disposicion especial, no es ella bastante para restringir la primera: ahora, si es la especial la que precede, impide desde su principio que la general subsiguiente comprenda todo lo que de otra suerte comprenderia atendida su naturaleza: de aqui el principio, *facilius impeditur faciendum, quam jam factum*, l. 8. D. *de his qui sunt sui vel alien. jur.*; y tratando la misma cuestion aduce esta razon Alber., tomándola de Pedr. su autor, en d. l. 19. §. 1. Con la distincion indicada está tambien de acuerdo Auch. en el cap. *quia Joann.* 12. q. ult., arg. l. 19. §. 1. D. *de ann. leg.* y l. 15. D. *de alim. et cib. leg.* Sin embargo, yo opino que en el caso de nuestra l. no es atendible el órden de las disposiciones; pues que no puede decirse que la general precedente comprenda á los pobres á quienes especialmente se hizo alguna manda: en efecto, aquella no abraza á todos los pobres, los bienes no son debidos á todos ellos, bastando que el albacea escoja algunos de entre los pobres y que les distribuya el haber hereditario, despues de satisfechos los legados especiales; de consiguiente no es aplicable aqui la disposicion de la cit. l. 19. §. 1., y falta el fundamento de la distincion arriba indicada. Asi pues, en ningun caso el albacea, obrando en virtud del legado general, podrá dar cosa alguna á los sugetos á quienes el testador hubiese hecho manda especial; y sin restriccion procederán las leyes, donde este principio se establece. Ademas, asi parece opinar Juan Andr. en las adic. al Spec., tit. *de Instrum. edit.*, §. *nunc verò aliqua*, col. 32., adicion que empieza, *constat quod tenet institutio pauperum*, donde, refiriéndose á la cit. decision Archid., dice, que este puso mal la cuestion, partiendo de un caso en que la manda no se debe á todos los pobres; sino que basta que se verifique la distribucion entre algunos de ellos; y concluye que la decision del mismo es improcedente: luego, segun el mismo Juan Andr., procederia, en el caso que se hubiese mandado distribuir cierta cantidad entre los sacerdotes de la ciudad, y luego se hubiese hecho manda especial á favor de algunos de los mismos? añade allí el mismo D. que para él la

que dexo en su poder el testador, entre las otras personas que non son señaladas, e lo han menester, assi como lo el touiere por bien (12).

cuestion no seria dudosa, si el testador espresare que la cantidad habia de distribuirse por los testamentarios, y mucho menos si dijere *lego á mis testamentarios* 100 *libras para que las distribuyan etc.*, asi como, por el contrario, si espresó legar dicha suma de 100 libras etc.: dice que no tendria duda, mas nos ha ocultado su decision. En vista de todo esto, conviene tener muy presente nuestra ley, la que ha cortado todas estas cuestiones: y viene en apoyo de la misma lo que dice Bald., de acuerdo con Jacob. Butricar. en la l. *si Ecclesiæ* C. *de Episcop. et Cleric.*, á saber, que, si bien ella impone la pena de 5. libras de oro contra el que violare los privilegios de la Iglesia; sin embargo no se aplicará á aquel á quien la ley le imponga una pena especial, l. 41. D. *de pœn.*: hace tambien al propósito lo que dice Bald. en la l. 5. C. *de leg.*, col. penult. y ult., tratando de si por la imposicion de pena especial se entiende prescindirse de la pena de nulidad del acto: viene en apoyo de lo mismo el propio Bald. en la auth. *hoc amplius*, C. *de fideicom.*, col. penult., donde dice, que la pena allí impuesta al heredero que no cumple con lo dispuesto por el difunto, no tendrá lugar, cuando aquel ha satisfecho la pena especial que para semejante caso le impuso el testador. Ademas, dice Din. que si el testador instituyó un impúber, dejando los alimentos á su muger, y sustiyéndola juntamente con un hermano á dicho hijo, caso que falleciese en la impubertad; en este supuesto, dice, que si la madre sucede juntamente con su cuñado, en virtud de la pupilar, no tendrá derecho á los alimentos, atendido que para semejante caso fue atendida por medio de la sustitucion; pareciendo que no debe entenderse la repeticion tácita de que habla la l. 74. D. *de leg.* 1.: empero en este punto Bald. es de parecer opuesto. Hállase tambien apoyada la decision de nuestra l. en lo que dice el mismo Bald. en la l. 1. C. *sentent. rescind. non pos.*, col. 1. *quæro judex*, á saber, que si el juez concedió un término para probar la escepcion, y despues ha otorgado una dilacion general, no podrá probarse durante la última lo que se hubiese omitido durante la especial: hace tambien al propósito lo anotado por el mismo en la l. 8. C. *de exec. rei judic.*, col. 6., donde dice, que si hay dos leyes, de las cuales la una disponga que las sentencias en que se trata del interes de pupilos se ejecuten por los prohombres, y el otro que las sentencias de 100 libras arriba se ejecuten esclusivamente por el juez; el pupilo podrá pedir la ejecucion de la sentencia ante el juez especial aunque sea por mas de 100 libras; y allí añade que la especie deroga el género, y lo individual á entrambos. Hace tambien al propósito la decision de Bald. en la l. 3. D. *de adopt.*, 2. lect., tratando del legado hecho á los frailes y al prior; dice allí que en las diferentes oraciones el prior deberá limitarse á percibir lo que se le señaló como tal, y no podrá entrar en la distribucion con doble carácter: sobre la misma cuestion, véanse Cyn. y otros en la l. 23. C. *de legat.* Bart. en la l. 19. §. 1. D. *de ann. leg.* y en la l. 4. D. *de stipul. serv.* Juan de Plat. en la l. 14. C. *de erog. milit. ann.*, y véase el mismo Bald. en la l. 4. §. 2. D. *de off. Procons.*, col. 3. vers. *sed numquid judex*, acerca de si la pena especial impuesta al juez para algun caso le libra de la de perjurio, atendido el juramento general que hizo de observar las leyes.

De la misma suerte, la cláusula general no se entenderá referente á aquello á lo cual se hubiese ya especialmente provisto, l. 10. C. *fam. ercisc.*, l. *cum ità legatur* §. *qui plures*, D. *de leg.* 2. y Oldrald. cons. 121. col. 2. vers. *ad* 2. *quæstionem*. Por el contrario una confirmacion en términos generales, no rehabilitará lo que hubiese sido especialmente anulado, l. 29. D. *ad Trebell.* y allí la Glos. y Bart. y Jas. en la l. 53. D. *de verb. oblig.* Añadirémos lo que dice Bart. en la Extravag. *ad reprimendum*, glos. sobre la parte *non obstantibus*, á saber, que lo dispuesto en ella en términos generales respecto del crímen de lesa magestad, no será aplicable en el caso de la l. 1. C. *si quis imperat. maledix.*, atendido que d. l. se limita á una de las especies.

(12) Podrá distribuirlos entre sus hijos ó los parientes pobres? Bald. en la repet. á la l. 1. C. *de sacros. Eccles.* col. 11. vers. *super* 7. *quæst.*, opina que podrá verificarlo, si se trata de pequeñas cantidades, de alimentos, por ej., y añade que en todo caso deberá proceder con buena fe: Abb. en el cap. 1. al fin *de cohab. cleric. et mulier.*, asienta, fundado en el mismo testo, que el clérigo albacea podrá distribuir sus bienes entre los parientes pobres: Juan Andr. en las adic. al Spec. tit. *de Instrum. edit.*, §. *nunc verò aliqua*, col. 39., adicion que empieza *continuatur hic alia quæstio*, opina que el albacea no podrá en semejante caso agraciar á un pariente muy cercano, á no ser que este se hallare en estrema pobreza; y al fin añade que á título de limosna podrá darse alguna cantidad, aunque poca, al hijo espurio del difunto, es decir, no como hijo, sino en clase de pobre.

LEY 4. *En que cosas pueden los Testamentarios demandar los bienes del finado en juyzio, e fuera de juyzio.*

Quatro cosas son señaladamente, en que pueden los testamentarios demandar en juyzio, e fuera de juyzio, los bienes del muerto, para cumplir su testamento, maguer non quieran los herederos del fazedor del. E el vno es, quando la manda es para obras de piedad (13) o de misericordia. E el segundo es, quando el fazedor del testamento manda alguna cosa a otros en uno con los testamentarios (14). E el tercero es, quando la manda es atal, que es establecida para gouernar (15) huerfanos, o otras personas qualesquier. E el quarto es, quando el fazedor del testamento dize assi: Que da libre poder (16) a sus testamentarios, que puedan demandar en juyzio, e fuera de

Los testamentarios deberán hacer la distribucion entre muchos pobres, ó estan facultados para agraciar á uno solo si quisieren? Bald. en la repet. á d. l. 1., col. 12. vers. *juxtà hoc quæritur*, se limita á citar las palabras del profeta, psalm. 111. vers. 9., *dispersit dedit pauperibus*, dist. 86. cap. 6. §. *in ipsa autem liberalitate*, y cap. *non satis*, dist. cit. Bart. en la l. 1. D. *de opt. leg.* dice, que si el testador manda distribuir sus bienes entre los pobres á eleccion de cierta persona, no podrá esta limitarse á uno solo, arg. l. cit. y l. 3. D. *de ann. leg.* Lo que puede el albacea es preferir un pobre á otro pobre, segun Bald. lug. cit. vers. *item quæritur*; véanse allí las adic. Dice Abb. en el cap. *cum in jure*, *de elect.* col. 2., que siendo varios los albaceas encargados de distribuir los bienes entre los pobres, puede uno de ellos entrar en la distribucion, si fuere necesitado; y se refiere á lo que dijo en d. cap. 1. *de cohabit. cleric. et mulier.*: véase tambien allí Bald., acerca de si el prelado que tiene semejante cargo puede elegir al convento, ó el padre á su hijo. Si el testador dijo que el albacea diese los bienes á quien quisiere, podrá quedárselos para sí? V. Bald. en la l. 7. C. *de furt.*, vers. *extrà quæritur*. Supóngase que el testador mandara emplear parte de sus bienes en resarcimiento de los perjuicios que hubiese causado, y que la suma de estos no importara tanto como el valor de dicha parte; el sobrante se adjudicará al heredero, ó bien lo retendrá el comisario al efecto de emplearlo para el alma del testador? V. Bald. en la l. 49. C. *de Episcop. et cleric.*, col. 4. donde de acuerdo con lo que dice Jacob. Butric. en su tratado *de los Testamentarios*, contesta, que si el testador espresó que los indicados bienes no se emplearán en otra cosa, se devolverá el sobrante al heredero, porque la espresion de la causa limita el legado, l. 10. §. ult. D. *de ann. leg.*; pero no, faltando dicha circunstancia: entonces se distribuirá el sobrante entre los pobres, arg. ll. 16. y 17. D. *de usufr. leg.*, l. 27. D. *de condit. et demons.*, l. ult. D. *de oper. publ.*, y nov. 131. cap. 9. y sig.: lo mismo sostiene Abb. en el cap. *tua nobis*, *de testam.*, fundado en que es de presumir que los perjuicios causados equivalian á los bienes que designó el testador. Adviértase que, si el albacea procede desacordadamente en la eleccion de los pobres, puede recurrirse en queja al juez; v. Bald. en la auth. *præterea*, C. *und. vir et uxor.* Qué dirémos si la ciudad necesita reparar los muros, puentes, ó caminos? Podrá el testamentario destinar á alguno de estos objetos los bienes que debia emplear para el alma del testador y cuya distribucion se ha dejado á su arbitrio, y lo que es mas, podrá darse semejante destino á dichos bienes, resistiéndolo el testamentario? V. Luc. de Pen. en la l. únic. C. *de expens. publ. lud.*, quien despues de haberse hecho cargo de los argumentos que militan por una y otra parte concluye afirmativamente, sobre todo en el caso de necesidad urgente, por ejemplo, si los enemigos amenazan la ciudad, y de otra suerte no pueden obtenerse los caudales necesarios, so pena de promover un alboroto: en el mismo lugar, vers. 2. *quæritur*, decide que si el testador mandó construir una capilla en algun convento, podrá el dinero emplearse previa dispensa del obispo, en construir ó recomponer el dormitorio, si la necesidad lo exige, y en este caso los oficios divinos que ordenó el testador se celebrarán en la misma iglesia del convento.

(13) Añád. l. 28. C. *de Episc. et cleric.*

(14) En este caso no serán meros agentes, y de consiguiente les corresponde accion, l. 17. D. *de leg.* 2., y allí Bart., l. 8. D. *de leg.* 3. y la Glos. en la l. 78. §. 1. D. *ad Trebell.*

(15) Es decir, para los alimentos: añad. l. 9. D. *de alim. et cib. leg.* y la Glos. y Paul. de Castr. en d. l. 78. §. 1.

(16) Como dije en la l. 2., las facultades del albacea penden de la voluntad del testador: competerá pues á aquel indistintamente accion, si el segundo asi lo dispuso: hacen al propósito las ll. 107. y 96. §. 3. D. *de leg.* 1., Cardinal. en la Clement. únic. *de testam.*, q. 13. y allí tambien Imol., col. últ. En nuestros tiempos suelen nombrarse los albaceas con espresiones mas latas que las que aqui se indican: de ellas,

juyzio, los bienes del fazedor, para cumplir sus mandas. E sacadas estas quatro cosas sobredichas, en otro caso ninguno non han poder (17) los testamentarios de demandar en juyzio los bienes del muerto, para cumplir sus mandas. Mas cada uno de aquellos a quien es mandado algo en el testamento, puede por si demandar a aquel que touiere los bienes del finado, la parte que le fue mandada en el testamento. E segund el departimiento que se muestra por esta ley, se entiende en todas las otras, que fablan del poderio que han los testamentarios.

LEY 5. *Quien puede cumplir las mandas que son fechas para sacar catiuos, si el fazedor del testamento non dexa Testamentario que lo cumpla.*

Dexando algun ome en su testamento marauedis, o heredad, o otra cosa cierta, que mandasse dar por su anima, de que sacassen catiuos (18); si non señalasse (19) omes ciertos, que cumpliessen esto, estonce el Obispo de

de las facultades de aquellos y del modo como deben proceder en la enagenacion de las cosas hereditarias, trata latamente Bart. en la l. 9. D. *de alim. et cib. leg.* Adviértase que si alguno compró cierta finca de la herencia, vendiéndosela el que aparecia ser albacea, y pasado largo tiempo el heredero le vindica dicha finca, no podrá alegar la prescripcion, segun Bald. en la l. 1. C. *de reb. alien. non alien.*, á nó ser que probare que el vendedor era efectivamente albacea, o bien que tuvo justos motivos de creerlo tal; de otra suerte será tenido por poseedor de mala fe. A lo que dice Bart. en la col. 4., tocante á si los testamentarios pueden vender la cosa que les plazca, añád. Bald. en la l. 8. §. *sin autem legata* C. *de bon. quæ lib.* fundado en el mismo testo, y en la l. 6. C. *de distract. pign.* Ademas, á lo que en la misma col. dice, relativo á si el heredero ha de ser requerido, cuando enagena el albacea, añád. Bald. en la l. 11. C. *de testam. mil.*, col. 2.; donde decide, refiriéndose á Bart., que si el testador á un tercero la declaracion de algunos cometió puntos dudosos y este la hizo, sin requerir al heredero, será nula, por no haberse guardado la debida forma; y añade que si bien en esa parte debe deferirse al juramento del testamentario, si este fuere persona honrada, l. 14. D. *de dot. præleg.* y l. 96. C. *de donat.*; no obstante, parece no proceder con buena fe el que obra sin hacer emplazar á aquel á quien la declaracion interesa, l. 8. D. *de in diem addict.*, l. 24 D. *de leg.* 2. y l. 4. C. *de distract. pign.* Empero, segun el mismo Bald. en la cit. l. 11. al fin, los testamentarios, únicamente deben requerir á los herederos, cuando necesitan informarse de ellos ó esplorar su voluntad, porque no son jueces y sí solo ejecutores, arg. l. 31. §. ult. D. *de ædil. edict.* Véase tambien Alex. cons. 62 vol. 2. y el cual opina que, si el heredero es huérfano y sus tutores son los testamentarios, estos no pueden vender sin haber requerido al mismo pupilo, v. Glos. en la l. 3. C. *quand. decret. op. non est.* Ademas, advertimos, con Bart. en d. l. 9., que la promesa de eviccion hecha por los ejecutores obligará á los herederos, si está arreglada á la costumbre del pais, Bald. en la auth. *si captivi*, C. *de Episc. et cleric.* Por último, el testamentario autorizado para vender, podrá vender á un hijo suyo? V. Bald. en la repet. á la l. 1. C. *de sacr. eccles.*, col. 11. y 12. — * Parece que semejante venta sería nula, atendido el espíritu de la l. 1. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec.

(17) Añád. l. 78. §. 1. D. *ad Trebell.*: no obstante fuera de estos casos podrán implorar el oficio del juez, l. 7. D *de ann. leg.*, Bart. en l. 17. D. *de leg.* 2. y Bald. en la l. 28. C. *de Episc. et cleric.* Adviértase que habiendo herederos, uno de los testamentarios no podrá accionar contra el otro, segun Paul. de Castr. en la l. 46. §. 7. D. *de procurat.*, limitando de esta suerte, la decision de Bart. en d. lug., el cual indistintamente les concedia accion recíproca. Sobre los casos en que el testamentario puede ser reconvenido por los legatarios, véase á Bart. en la l. 26. §. 1. D. *quand. dies leg. ced.*

(18) Esta se llama *causa piissima* en la nov. 115. cap. 3. §. 13., véase allí Bart. Permítese para la redencion de cautivos lo que de otra suerte no se concede, nov. 108., auth. *res quæ*, C. *comm. de leg.*, cap. *aurum* 12. q. 2. y añad. l. 2. tit. 29. Part. 2. y lo que allí dije. En el caso de cualquiera otra manda piadosa, tendrá aplicacion el cap. *si hæredes*, *de testam.*, es decir, que no habiendo albacea nombrado, la ejecucion corresponderá al heredero, y por su negligencia al obispo, d. cap. y allí Abb.

(19) Habiendo persona designada, será preferida al obispo, l. 28. C. *de Episc. et cleric.*, y nov. 131., cap. 11. Añádase que la persona especialmente privilegiada por el Papa para recibir las mandas piadosas, será preferida á cualquier otra, segun Juan Andr. adic. al Spec. tit. *de Instrum. edit.*, §. *nunc verò aliqua*, adicion que empieza, 1. *cujuscumque.* [Véase la adicion á la glos. 31.] Tenemos en esta l. que el testamentario debe ser nombrado por el testador: empero podrá cometer este nombramiento á otra persona? Bald. en

aquel logar onde es natural el que fiço el testamento, o aquel en cuyo obispado (20) ouiere la mayor parte de sus bienes, lo deue fazer cumplir. Pero el Obispo, luego que aya recebidos los marauedis sobredichos, o aquella cosa que fue establescida para sacar catiuos, deue dezir al Juez Ordinario de aquel logar, que faga escreuir (21) en su registro la quantidad de aquel auer, o de aquella cosa que recebio por esta razon, e el dia, e el mes, e la era en que lo recibio. Otrosi dezimos, que los herederos del fazedor del testamento non pueden embargar al Obispo, que non reciba los marauedis, o aquella cosa que fuesse establescida del testador, para sacar catiuos. Pero despues que sea passado vn año que recibio los marauedis para esto fazer, tenudo es el Obispo de dar cuenta (22) por si, o por otro, al Juez Ordinario (23), quantos catiuos saco, e quanto dio por cada vno de aquellos dine-

la l. 24. C. *de Episc. et cleric.* col. 4., distingue en esta forma, *si committitur factio executori, non potest; nominatio et declaratio, potest.* : v. Bart. en la l. 5. D. *de reb. dub.*

(20) La l. 28. C. *de Episc. et cleric.* designa el obispo del lugar del orígen del testador: no obstante la Glos. dice allí, que este obispo y el del lugar donde está la mayor parte de los bienes pueden ejecutar la disposicion de que se trata: Jac. de Bellov. y Alber. distinguen: si el patrimonio del difunto, dicen, se halla en una y otra diócesis, cada uno de los obispos cuidará de la distribucion de los bienes que estan dentro de su territorio, y de consiguiente no concurrirán en la ejecucion, sino que esta se hallará dividida, l. 1. C. *ub. pet. tut.*; empero, estando situados todos los bienes en una diócesis, el obispo de la misma cuidará esclusivamente de la distribucion, arg. l. 50. D. *de jud.* : si los bienes, añade, estuvieren en otro punto, será preferido el obispo del lugar del orígen del testador, d. l. 28. y l. 7. C. *de incol.*; si se dudare del orígen, es preferido el obispo del lugar del domicilio; y si de este tambien se dudare, corresponderá la ejecucion al obispo de la ciudad, donde aquel falleció, arg. d. l. 28. Pedr. limitaba esta decision á los inmuebles, pues que únicamente de ellos puede decirse que pertenezcan á tal ó cual territorio. Bald. en d. l. 28. col. ult. opina que la distribucion del dinero corresponde al obispo que mas pronto pueda cumplir la voluntad del difunto, arg. d. l. 28. §. 1., vers. *sine ulla cunctatione.* Si atendemos ahora á los términos de nuestra ley, quizá deberémos decir que la ejecucion compete preventivamente á entrambos obispos, arg. ll. 7. y 30. D. *de jud.* y l. 19. D. *de jurisd. omn. jud.*; mayormente en el caso que, habiendo empezado uno de ellos á ejercer el cargo que la ley le atribuye, se opone el heredero á que el otro se entrometa, arg. de lo que dice Inoc. en el cap. *cum Ferrariensis, de constit.*, al fin, y allí Felin. col. 13. y 14.

(21) Tenemos aqui que el albacea debe formalizar inventario: añad. Spec. y Juan Andr. en las adic., tit. *de instrum. edit.*, §. *nunc vero aliqua*, col. 18., vers. *sed an tenetur*, Bald. en la l. 28. C. *de Episc. et Cleric.*, col. 2. y en la auth. *sed cum testator*, al fin, C. *ad leg. falc.* Deberán prestar juramento? v. Juan de Plat. en la l. penúlt. pr. D. *de erog. milit. ann.* y la Glos. y Bart. en la l. 7. D. *si cui plus quam per leg. falc.*

(22) Tambien debe rendir cuentas al juez el albacea nombrado por el testador, y ademas al obispo por lo que toque á las mandas piadosas, l. 36. C. *de donat.* y allí Bald., donde añade que tambien deberá rendirlas á cualquier interesado que las exija: dice tambien el mismo Bald. en la l. 49. C. *de Episc. et Cleric.*, col. 5., que no solo compete al obispo el exámen de las cuentas de los nombrados para la ejecucion de las mandas piadosas, sí que tambien, puede inquirir acerca de los actos de tales albaceas y en su caso castigarlos. Bastará que las cuentas vengan adveradas con el juramento del albacea? Asi parece opinar la Glos. en d. l. 7. D. *si cui plus quam per leg. falc.* : Bart. de acuerdo con Cyn. en la l. 24. C. *de Episc. et Cleric.*, limita esto á los legados de poca monta ó distribuciones menudas; véase allí Alex. en la adicion. Bald. en la cit. l. 36. al fin opina que en todo aquello que es de difícil prueba, debe pasarse por el juramento del albacea; véase el mismo Bald. en la l. 28. C. *de Episc. et Cleric.*, col. penult., y allí tambien Salic., col. penult., vers. *quæro qualiter derogatione*, donde restringe el uso y la fuerza del juramento á las distribuciones secretas ordenadas por el testador.

(23) Añad. l. 28. C. *de Episc. et Cleric.* : en este caso, pues, el Obispo quedará sujeto á la jurisdiccion ordinaria: la ley que le atribuyó la distribucion, pudo, por lo que mira á la rendicion de cuentas, sujetarlo á los tribunales civiles: hace al propósito lo anotado por Bald. en la l. 19. C. *de usur.*, col. 2., sobre el clérigo que acepta un depósito ordenado por el juez seglar. Pero Paul. de Castr. en la cit. l. 28. dice que únicamente á Dios deberá dar cuenta de sus actos el obispo, arg. l. 49. C. *de Episc. et Cleric.* No obstante creo aun arreglado el que se acu-

ros. E tambien el Obispo, que esto ouiesse de fazer, como (c) los otros Escriuanos, que escriuen alguna cosa de las que son dichas en esta ley, non deuen tomar para si, por razon del trabajo (24) que lieuan en esto, ninguna cosa de aquellas que son dadas para sacar los catiuos; ante lo deuen fazer de grado, e sin precio ninguno (25). E esto es, porque son dexadas para obra de piedad: e los Obispos, si contra esto fiziessen, errarian en quatro maneras. La vna, contra Dios. E la otra, contra el anima del finado. E la tercera, contra los parientes del muerto. E la quarta, al Señor de la tierra, que es guardador de todos los bienes (26) de su Señorio. E si por auentura acaesciesse, que algunos de los que fiziessen tal manda, para sacar catiuos, fuesse ome estraño, que non sopiessen donde era natural, nin morador; el Obispo de aquel logar do muriere, deue fazer cumplir la manda del, en la manera que de suso diximos, si fallare de lo suyo en aquel logar, o en otro, de que lo pueda fazer.

(c) los escribanos Acad.

LEY 6. *Fasta quanto tiempo deuen cumplir los Testamentarios el testamento del finado.*

Si muchos fueren los Testamentarios, en cuya mano dexare alguno su testamento, todos (27) deuen ser en vno para cumplirlo, si pudieren, en aquella manera (28), e fasta aquel

da al Rey ó al consejo en demanda de cédula en que se prevenga al obispo la rendicion de cuentas de que se trata, tanto atendida esta ley de Part., como la cit. l. 28. Segun Salic. en la auth. *licet* C. *de Episc. et Cleric.*, si bien por derecho del código el obispo quedaba sujeto en ese punto al juez seglar; sin embargo por la nov. 131. cap. 11. vers. *si autem qui hoc facere jussi sunt*, deberá presentar las cuentas al metropolitano.

(24) Nótense estas palabras y las que se leen antes; *alguna cosa de las que son dichas;* pues que de ellas y de la cit. l. 28. C. *de Episc. et Cleric.*, se deduce que la disposicion ha de limitarse á los honorarios que de otra suerte podrian devengarse por la confeccion del inventario, y por causa de la administracion: asi pues, si el albacea pide en juicio algun crédito, el escribano cobrará sus derechos, como lo advierte tambien Salic. en d. l. 28.

(25) Nada pagará el obispo, ni de los bienes que debe distribuir, ni de su peculio, segun esta ley y la cit. l. 28.

(26) Nótense estas palabras por lo que mira á lo que dicen la Glos. y los DD. en la l. 3. C. *de quadrien. præscript.*

(27) Prueba bastante esta ley que por punto general no debe decidir por sí uno solo de los albaceas nombrados, y pruébalo tambien el cap. 2. §. 1. *de testam.*, lib. 6.: empero Jacob. Butric. y con él Bald. en la l. 28. C. *de Episc. et Cleric.* esceptúan el caso en que la distribucion no fuese incierta, ó al arbitrio de aquellos, sino que se hubiese marcado cuanto debia darse á cada pobre designando las personas. Qué dirémos si discordaren los albaceas? Si se trata de mandas piadosas, decidirá el obispo, y en los demas casos el juez seglar; asi opina Bald. en la ley ult. pr. C. *comm. de leg.*, col. 2.; v. Spec. tit. *de instr. edit.*, §. *nunc verò aliqua*, col. 22., vers. *sed quid erit si sunt plures.*

(28) Es regular el que la voluntad del testador se cumpla dentro del tiempo que prefijó, cuyo tiempo correrá desde la adicion de la herencia, Abb. en el cap. *nos quidem*, *de testam.*, l. 3. §. 11. D. *de stat. liber.* y Alex. en la l. 12. §. 1. D. *de leg.* 1. Nuestra ley parece apoyar lo que dice Bald. en la l. 77. §. 10. D. *de leg.* 2., fundado en el mismo texto, á saber, que el albacea no puede ejecutar lo dispuesto por el testádor, antes que llegue el dia que este señaló: de consiguiente, si estaba dispuesto que se distribuyera el todo ó parte de los bienes entre los pobres, despues del fallecimiento del heredero, no podrán en vida de este los albaceas designar las personas que deben percibir en la distribucion, Bart. en la l. 12. C. *de fideicom*: la que se hiciere antes del tiempo prescrito, no causa perjuicio á los pobres que serán en lo venidero; lo mismo sostienen Ang. y Alex. en la l. 38. §. 13. D. *de verb. oblig.* y Jas. en d. l. 12. col. 2., diciendo ser esta la opinion general, en lo que conviene tambien Déc. en la l. 17. D. *de reg. jur.* Empero, Bald. en d. l. 12. col. 4. vers. *sed pone testator*, se inclina á la opinion contraria: en el supuesto, dice, que el testador hubiese instituido á su muger para mientras viviera, disponiendo que despues se distribuyan los bienes entre las doncellas; podrá la muger elegir las que quisiere y dotarlas; porque si el testador hubiese previsto tan generosa resolucion de parte de su muger, la hubiera espresamente autorizado en bien del alma; de consiguiente debe considerarse como escrita semejante autorizacion, l. 40. §. ult. D. *de pact.* y allí la Glos.: y al cit. §. 10. contesta, que en el caso de que allí se trata podian premorir los legatarios, lo que no puede tener lugar en el que se ha sentado: y lo mismo aplica Bald. al supuesto que la manda fuese á favor de los

tiempo, que el finado mando en su testamento. E si por auentura el non señalare dia, nin tiempo, fasta que cumpliessen, deuense ellos trabajar, luego despues de la muerte del testador, de lo cumplir lo mas ayna (29) que pudieren, sin alongamiento, e sin escatima ninguna. E si embargo tan grande ouiessen, por que non lo pudiessen luego cumplir, deuense trabajar que lo cumplan en todas guisas, a lo mas tarde fasta vn año despues de la muerte del testador (30). Pero si acaesciere, que todos non pueden y ser, o no quieren

pobres en general; fundado en que entonces el objeto es ejercer un acto de piedad, y no agraciar á persona determinada, á la que profesemos algun afecto; la manda se dirige á la pobreza en general, la que es siempre la misma. Alex. de Imol. en la l. 6. §. ult. D. *ad trebell.*, espositando la l. 10. refiere las opiniones que se manifestaron sobre ese punto, y se inclina á la general en el caso que deba recaer eleccion entre los pobres: alega la l. 67. pr. D. *de leg.* 2. Déc. en d. l. 17. se decide contra la citada opinion general, apoyado en que el testador mas bien tuvo á la vista la salud del alma que el tiempo de la ejecucion, la que si prescribió que se difiriese, fue tal vez creyendo que de otra suerte podia resultar en grave perjuicio del patrimonio: ademas, añade, no es de creer que el testador quisiera mas á los pobres venideros que á los presentes. Las mismas razones alegaba Bald., razones que son para mí de bastante peso para inclinarme á creer que en esta materia debe decidirse á tenor de las circunstancias que el caso presente; y que mientras la voluntad del testador no se manifieste opuesta, deberá seguirse la última opinion. En apoyo de la general, está la l. 35. D. *de usufr. leg.*, pero puede contestarse que en el supuesto de que allí se trata existia un heredero al cual el predio debia volver con el gravámen de entregarlo á sus libertos, transcurridos cinco años; asi contesta Juan Andr. en las adic. al Spec. tit. *de locat.*, vers. 145., adicion sobre la parte *uxori.*

(29) No es tan esplícito en este punto el derecho comun, si bien la l. 28. C. *de Episc. et Cleric.* dice, *sine ulla cunctatione*, y que las ll. 47. y 71. §. 2. D. *de leg.* 1. espresan que el heredero entregará la cosa legada al momento que pueda. Podrán pues el obispo y el juez seglar respectivamente, precisar á los albaceas á que cumplan la voluntad del testador, aunque no haya finido el año, cap. *si hæredes*, *de testam.*; y no importa que no se trate de mandas piadosas, Glos. y allí Abb. col. 1., é Imol., col. 3., en d. cap. Puede tambien el obispo conminarles con la pena de escomunion, si fueren négligentes, Feder., cons. 95., Rom. cons. 228. y Paul. de Castr. en d. l. 28., donde dice; *et scias quod hodie Episcopi per suas constitutiones generaliter monent executores, quod exequantur infra annum*: y esta conminacion, segun él, no obrará contra los que ignoran habérseles deferido el cargo de que se trata, como advierte Bart. en la l. 8. D. *de his qui not. infam.* — * Véanse las adiciones á las glos. 31. y 36.

(30) Por derecho comun parece que ese término no corria hasta que al albacea se le hubiese hecho la correspondiente notificacion por mandato del juez, cap. *nos quidem*, *de testam.*, y allí Imol., Cardinal. y Abb., y Bald. en la l. 24. col. 3. C. *de Episc. et Cleric.*, donde dice ser esta la opinion general. El mismo Abb. cons. 12. vol. 2. y cons. 59. vol 1. advierte que aun cuando en la constitucion episcopal se prevenga que la ejecucion del testamento se verifique dentro del año de la muerte del testador; no obstante deberá entenderse el año á contar desde que han concurrido las dos circunstancias, á saber, la adicion de la herencia y la notificacion hecha al albacea: lo mismo sostiene en d. cap. *nos quidem*, col. ult.; asi opina tambien Rom. cons. 228. col. 2.; y en los mismos términos creemos que deberá entenderse nuestra ley de Part.: y ya llevo dicho en esta misma ley, que el tiempo prefijado por el testador no corre hasta que la herencia se haya adido. De aqui se infiere que el albacea podrá compeler judicialmente al heredero, para que admita ó repudie la herencia; segun el Spec. tit. *de instrum. edit.*, §. *nunc verò aliqua*, col. 27. Empero, atendida la ley del reino que deja subsistentes los legados aunque la herencia no sea adida, es claro que para que empiece á correr el año no se esperará la adicion; asi decide tambien Bald. en la l. 24. C. *de Episc. et Cleric.*, col. 4., respecto de las mandas piadosas y por igual razon. No obstante, parécenos que por mandato del juez deberá ser requerido el heredero, á fin de que dentro de cierto tiempo admita ó repudie, procediéndose al pago de los legados, transcurrido que sea dicho plazo; y desde entonces á lo menos correrá el año de que se trata: parécenos tambien que ese año no corre mientras el testamentario ignore habérsele deferido este cargo, pues que por punto general la dilacion concedida por la ley no corre contra el ignorante, cap. *quia diversitatem*, *de conces. præb.*, l. únic. C. *de ann. except.*, l. 6. D. *de calumn.* y la Glos. en el cap. *Titius*, *si de feud. fuer. controv. int. dom. et agnat.*: se dirá que

(31), lo que fizieren los dos, o el vno, deue valer, maguer los otros non se acierten y.

LEY 7. *Quien puede apremiar a los Testamentarios, quando son negligentes de cumplir la voluntad del finado; e quien deue entrar en su lugar, para cumplirla.*

Apremiar pueden los Obispos, cada vno en su Obispado, a los testamentarios, que cumplan (32) los testamentos de aquellos que los dexaron en sus manos, si ellos fueren negligentes que non lo quieran cumplir, o que andan maliciosamente en ello. E demas dezimos,

corre contra el ignorante y el que se halle imposibilitado de accionar, el plazo concedido en beneficio de alguna persona, segun el cap. *statutum*, *de præbend.*, lib. 6. y la l. 7. tit. 7. lib. 5. del ordenam. Real; pero esto tiene lugar, cuando la concesion del plazo es un mero beneficio, mas no si lleva por objeto marcar el momento, pasado el cual debe presumirse la negligencia de parte de la persona, d. cap. *nos quidem* y allí Imol. y Abb. en la repet. al cap. *cum esses*, *de testam.*, col. ult. Pruébalo tambien la l. ult. de este tit., donde se lee, *seyendo amonestado*: véase lo que allí digo. Empero el Spec. en d. §. *nunc verò aliqua*, n.º 39. asienta que el tiempo concedido al albacea corre aunque este ignore el cargo, ó se halle impedido de ejercerlo; porque ese plazo no es en odio de aquel, y sí en beneficio de los pobres y de cuantos deben recibir algo del testamento: asi opinan tambien Cardin. en d. cap. *quia diversitatem*, col. 2. donde tambien puede verse Barbas. n. 33. y Bald. en la l. 11. C. *de testam. milit.*, col. ult. diciendo ser esta la práctica. Grande es la autoridad de estos DD., y ademas parece apoyar su opinion nuestra ley de Part.; sin embargo creo que en rigor de derecho es mas acertada la opinion contraria, por la que se decide Covarr. en d. cap. *nos quidem*, cuyas razones pueden verse allí. Añádase que algunas veces se concede mas de un año y otras menos, como advierte el Spec. en d. §. *nunc verò aliqua*, al fin cuest. 82.

(31) Añád. cap. 2. §. *sanè*, *de testam.*, lib. 6., donde se dispone para iguales casos. Qué dirémos si falleciendo uno de los albaceas quisiera el obispo colocarse en su lugar, ó nombrar otro? Bald. en la l. 28. al fin, C. *de Episc. et Cleric.*, dice, que las facultades del obispo son limitadas á remediar la negligencia y malicia de los albaceas, y que no se estienden al caso fortuito, segun Juan Andr. en la novel. en d. §. *sanè*: dice tambien allí Bald. que la ausencia de un albacea, aunque haya aceptado el cargo, no podrá impedir que los demas dén cumplimiento á la voluntad del testador, porque la suerte del alma de este no debe depender de dicha ausencia; á no ser que esta debiese ser muy corta, Juan Andr. lug. cit., y alega tambien la l. 6. *de condit. et demonstr.* En los mismos términos entenderémos nuestra ley, cuando dice, *non pueden*; y vienen en nuestro apoyo aquellas palabras *nimiùm deferri* del cit. §. *sanè*, á las que da esa misma inteligencia Juan Andr. en las adic. al Spec., tit. *de instrum. edit.* §. *nunc verò aliqua*, col. 21. adicion que empieza *iste versiculus*. No obstante, si el testador hubiese prevenido que uno de los albaceas no pudiese obrar sin ponerse de acuerdo con el otro, deberá la disposicion cumplirse sin distincion de casos, d. §. *sanè* al fin. Qué dirémos, si uno de los albaceas quiere litigar y el otro se opone? Juan Andr. adic. cit. concluye que podrá verificarlo si es en provecho de causas piadosas y precede la autorizacion judicial, cap. *si duo*, §. ult. *de procur.*, lib. 6.

(32) Añád. cap. *si hæredes*, cap. *tua* y cap. *Joannes*, *de testam.* y l. 7. tit. 19. Part. 1.: empero, compete tambien esta facultad á los jueces seglares, porque se trata de un cargo de jurisdiccion mista, nov. 131. cap. 10., l. 50. D. *de petit. hæred.*, Abb. en d. cap. *si hæredes*, y allí tambien Barbas. col. 1. y 2.; v. Spec. d. §. *nunc verò aliqua*, col. penult., vers. *sed numq. jud. secul.*, l. 3. D. *de alim. et cib. leg.* y Bart. en la l. 1. D. *de leg.* 2., col. 2. vers. *advertendum*. — Indudablemente nuestra ley quiso atribuir en esta materia á los obispos, no solo el derecho de inspeccion, sí que tambien jurisdiccion; pero las leyes recopiladas desconocen esa jurisdiccion, aun respecto de las mandas piadosas. En efecto la l. 13. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. previene que si el comisario no dispuso de los bienes del testador, los sucesores abintestato, no siendo descendientes ni ascendientes, inviertan el quinto en bien del alma del mismo testador, y que á ello les compelan los jueces seglares. La ley siguiente publicada para la inteligencia y observancia de la anterior es algo mas general: previene que las herencias de los que mueren abintestato, se entreguen íntegras á los sucesores legítimos, corriendo á cargo de los mismos las exequias funerales y demas sufragios que se acostumbran en el pais; y que para el caso de no cumplir se les compela á ello por sus propios jueces, sin que pueda mezclarse ninguna justicia eclesiástica, ni secular en el inventario de los bienes. Ademas, en la l. 16. del mismo tit. hallamos una razon general que escluye á la autoridad ecle-

que cada vno del Pueblo (33) puede esto fazer saber a los Obispos, porque es obra de piedad. E si los testamentarios non quisieren cumplir la manda del defunto, los Obispos (34) la pueden fazer cumplir, si quisieren, o dar otros buenos Albaceas (35), que la cumplan en lugar de aquellos. E esso mismo seria, si acaesciesse que alguno en su testamento non dexasse testamentarios que lo cumpliessen, que el Obispo, en cuyo Obispado acaesciesse, deuelo fazer cumplir, si el heredero (36) del muerto non lo quisiesse fazer. E esto deuen ellos fazer, para cumplir la voluntad del testador, que es obra de piedad, e como cosa spiritual.

LEY 8. *Que pena deuen auer los Testamentarios, quando maliciosamente aluengan de cumplir las mandas.*

Por malicia, o por descuydamiento, non queriendo los testamentarios cumplir las mandas que ouiesse alguno dexado en su mano, si por tal razon como esta, seyendo amonestados (37), fueren tollidos deste officio por juyzio

siástica del conocimiento de todas las obras pias, á saber, el consistir ellas en bienes profanos junto con la circunstancia de ser de derecho civil la testamentifaccion. Tendrémos pues que á los Obispos no les quedará mas que un derecho de inspeccion sobre las causas piadosas, y el carácter de albaceas ó testamentarios legítimos en los casos prevenidos por la ley. Véase al S. conde de la Cañada en sus recursos de fuerza, cap. 2., donde trata esta materia con estension.

(33) Nótese esto, y añad. l. 28. C. *de Episc. et Cleric.*, nov. 131., cap. 11., vers. *si autem qui hoc facere*, y Rom. cons. 69.

(34) Concuerda con la l. 28. C. *de Episc. et Cleric.* y con el cap. *nos quidem, de testam.* Adviértase que, si el albacea ni aun hubiese verificado la eleccion de las personas, de los pobres, por ej., entre los cuales los bienes deben distribuirse, la facultad de elegir pasa al obispo, Ang., Corn. y Jas. en la l. ult. §. 1. C. *comm. de leg.*, fundados en el mismo texto, y Cardin., Imol. y Barb. en d. cap. *nos quidem*: empero Bart. en la l. 24. D. *de leg.* 2. y Abb. en d. cap., citando al primero, quieren que en este caso el albacea elija, aunque haya pasado el año. La primera opinion nos parece mas acertada, atendido que la eleccion es circunstancia indispensable para la ejecucion: no obsta la l. 33. de Toro, pues que habla del poder en su esencia y no de la facultad de la eleccion; v. Bald. en la l. 11. C. *de testam. milit.*

(35) Estos albaceas se llaman dativos; véase acerca de ellos el Spec. tit. *de instrum. edit.*, §. *nunc verò aliqua*, col. 3., vers. *dativi*. Si el testador quiere escluir al obispo, puede sustituir otras personas en lugar de las que fueren negligentes, Bald. en la auth. *licet* C. *de Episc. et Cleric.*; mas no podrá sustituir el negligente á el mismo, Bald. lug. cit., y hace al propósito el cap. *commissa, de elect.* lib. 6. Esto mismo confirma que será nula la disposicion del comisario nombrado por el fundador de un mayorazgo para dictar las condiciones del mismo, si declarare (contra derecho y destruyendo la naturaleza de semejantes vinculaciones) que no deba perder el mayorazgo el poseedor que enagenare alguna de sus fincas.

(36) Empero, si el heredero cumpliere con lo dispuesto por el testador, no deberá entrometerse el Obispo, como dije en la l. 1.

(37) No diciendo que esa amonestacion deba hacérseles personalmente por el juez, inferimos que bastará que se verifique en virtud de mandato de aquel, aunque sea por otra persona, como lo prueba claramente la nov. 1. cap. 1. §. 1., si bien sostuvieron lo contrario Ang. en d. §. y otros DD. en la auth. *hoc amplius* C. *de fideicom.* De esta ley de Part. parece inferirse que al albacea le corre el plazo desde el dia de la indicada amonestacion; empero la l. 6. de este tit. nos dice que empieza á correrle desde el dia de la muerte del testador: veamos como puedan conciliarse. Esta que se comenta creo que debe entenderse conforme con la nov. 131. cap. 11., vers. *si autem qui hoc facere jussi sunt*, y con la auth. *licet*, C. *de Episc. et Cleric.*; es decir, que su intencion es que al albacea se le prive de su cargo y de la manda que se le hubiese hecho en el testamento, si amonestado dos veces por el obispo, fuere aun negligente, devolviéndose entonces el cargo á dicho prelado, aunque no haya transcurrido el año, Spec., tit. *de instrum. edit.*, §. *nunc verò aliqua*, col. penult. vers. *illud etiam quæritur*, cuest. 82.; si bien Imol. en d. cap. *nos quidem*, y Salic. en la auth. *hòc amplius*, C. *de fideicom.*, col. 2. limitan la cit. nov. á las mandas piadosas; mientras que nuestra ley de Part. habla en general é indistintamente. Ahora, la cit. l. 6. de este tit. tendrá lugar cuando no hubiesen precedido las dos amonestaciones: entonces el año de que allí se trata correrá desde la muerte del testador, supuesta la ciencia del albacea, como dije en la Glos. 29.; precediendo amonestacion, el albacea quedará constituido en negligencia, por el mero desprecio de aquella, sin que sea menester que el año trascurra, segun d. cap. 11.

(38), pierden aquella parte (39) que deuen auer en el testamento. Fuetas ende, si alguno dellos

y esta misma ley. Parece que no bastará al efecto una sola amonestacion, sino que serán indispensables dos, á tenor de d. cap., dado que se trata de privar al albacea de lo que el testador le hubiese legado; y asi parece que deberémos entender nuestra ley de Part. Esto procede sin dificultad, cuando se trata de mandas piadosas, segun el cit. cap.: tratándose de otros legados bastará una sola amonestacion hecha en virtud de decreto del juez, para que el albacea se tenga por negligente, pero será menester que trascurra un año desde que aquella se verificó, para que dicho albacea quede privado de lo que debia percibir en virtud del testamento; asi opinan la Glos., Bart. y Ang. en d. nov. 1. cap. 1. §. 1., y con ellos la generalidad de los DD. en la auth. *hoc amplius* C. *de fideicom.* Empero, para que el obispo ó el albacea sustituto vengan á suceder en lugar del negligente bastará el trascurso del año, contado desde que se le amonestó, ó de otra suerte supo que se le habia deferido el cargo, d. cap. *nos quidem* y lo que anoté en la l. 6. de este tit.: sobre este punto, por lo que mira á las mandas no piadosas, véase Abb. en el cap. *si hæredes, de testam.*, col. 3. vers. *venio ad tertium.*—* Esta ley de Partida viene á ser el complemento de la l. 6. En d. l. 6. se marca el tiempo dentro el cual el albacea debe cumplir la disposicion del testador: y esta que se comenta, fija la pena en que incurre el mismo albacea, por la falta de cumplimiento. Previénese en la primera al albacea, que cumpla con lo mandado por el testador lo mas pronto que pueda, y á lo mas tardar dentro un año, si algun obstáculo le hubiese impedido verificarlo antes; y por la segunda, al que despues de amonestado no cumple y se le separa por sentencia del juez, se le priva de percibir, lo que le hubiera correspondido en virtud del testamento. Del contesto de estas leyes pueden originarse las siguientes cuestiones. 1ª, Por el mero transcurso del año cesará de derecho el albacea en su cargo? asi parece atendido que este es el término mas largo que la ley le concede para el ejercicio de sus funciones: sin embargo, no creemos aventurado el asentar que el juez podrá, segun las circunstancias, prorogarle el plazo legal, pues que esta l. 8. deja al parecer la separacion de los albaceas á la discrecion de los tribunales, atendiendo al dolo con que aquellos hayan obrado ó al descuido en que hubieren incurrido. 2ª, *Cuestion*: por el mero transcurso del año, caerá el albacea en la pena dela ley? Para resolver esta cuestion basta atender por una parte, que la l. 6, que fija dicho plazo, nada dispone acerca de la pena del albacea que no cumple; y de otra, que esta ley que se comenta exige para la imposicion de pena, que haya habido separacion por sentencia del juez, previa amonestacion. 3ª *Cuestion*: podrá ser separado el albacea antes del año, para los efectos de que se trata? Opinamos afirmativamente, pues que la ley no le concede pura y absolutamente el plazo de un año, sino que antes le ordena que cumpla con lo dispuesto por el testador lo mas pronto posible: luego si el juez ve que pudo verificarlo antes del año y no lo hizo por dolo ó descuido, ni se apresuró á cumplir despues de amonestado; cabe la separacion quedando privado de lo que debiera percibir por disposicion del testador. Añádase que tambien pierde la manda el albacea que no aceptare el cargo, asi como el tutor ó curador que rehusare la tutela ó curadoría, l. 13. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real.

(38) Será pues menester, para que el albacea quede privado de lo que debia percibir en virtud del testamento, que se haya proferido sentencia que le prive de su cargo; lo que no recuerdo haberlo visto en otra parte. El derecho comun atribuye este efecto al mero trascurso del año, ya sea heredero, ya legatario ó fideicomisario el que hubiese descuidado el cumplimiento de lo que el testador le encomendó, nov. 1. cap. 1. §§. 1. y 4., Az. allí, en la Sum., en el mismo lugar la Glos. y los DD., y la mayoría de estos en la auth. *hoc amplius*, C. *de fideicom.*: no obstante Paul. de Castr. en d. lug. col. 2. queria que fuese indispensable la sentencia del juez, decision que Jas. atribuye á inadvertencia: empero tambien Bart. de acuerdo con Jacob. de Bellov. en la nov. 48. opina ser indispensable dicho requisito: dice allí que, ó el heredero obra directamente contra la voluntad del difunto, ó descuida su cumplimiento; en el primer caso, decide, que quedará privado del derecho de percibir cosa alguna en virtud del testamento, pero no en el segundo, y fúndase en lo anotado en d. §. 1. Sea lo que fuere de esto, por lo que mira al derecho comun, nuestra ley exige espresamente la sentencia del juez para los efectos de que tratamos: á no ser que se pretendiere que debia sobrentenderse aqui la palabra *mayormente*, como si hubiese querido significar que aun sin preceder esta circunstancia podia perder lo que le mandó el testador el albacea negligente. Pero, como se trata de materia penal creo que no debemos separarnos del literal contesto de la ley.

(39) Concuerda con la nov. 131. cap. 11., vers. *si autem qui hoc facere*, con la nov. 1.

fuesse fijo del testador, ca este atal non deue perder la su legitima parte (40), que los fijos deuen auer en los bienes del padre, por razon de la naturaleza; segun diximos en el titulo de los Testamentos, en la ley que comiença, Religiosa vida.

TITULO XI.

COMO SE PUEDE MENGUAR LA MANDA, E FASTA QUE QUANTIA, A QUE DIZEN EN LATIN, FALCIDIA, O DEBITUM BONORUM SUBSIDIUM, O TREBELLIANICA.

Conuenible cosa es, e con razon, que el heredero de cada vn ome aya los bienes de aquel a quien deue heredar, o cierta parte dellos. Ca desaguisado seria de auer nome de heredero, e non le venir ende pro ninguno.

cap. 1. §. 4. vers. *his omnibus*, donde tambien se trata del heredero y otros, y con la auth. *hoc amplius*, C. *de fideicom.*, donde pueden verse las 8. limitaciones que pone Jas. Véase tambien el cap. *si hæredes*, *de testam.*, y adviértase que á fin de que proceda la pena impuesta por la cit. auth. es menester que el heredero haya adido, segun Bart. en d. nov. 1. cap. 1. §. 1. fundado en aquellas palabras del preámbulo, *indevotæ res adeunt* etc. Adviértase tambien que el menor negligente en el caso de que se trata, podrá pedir la restitucion por entero al efecto de recobrar la herencia, arg. l. 3. §. 8. D. *de minor.* : lo mismo parece deberá decirse de los hospitales y de la Iglesia, pues que si bien esta queda sujeta á las penas impuestas por la cit. nov., segun se deduce del testo y lo nota allí Bart. en el §. ult.; con todo le compete la restitucion al igual del menor. Se aplicará esta pena al heredero del heredero, si este falleció antes de haber caido en mora? Véase Bart. en el cons. 7., donde al parecer decide que no tendrá lugar si el heredero hubiese sido gravado con la espresa imposicion de pena si no cumplia, pero sí en el supuesto que esta circunstancia no mediase; con lo que está de acuerdo Alex. en la l. ult. C. *de hæred. instit.*: pero en realidad Bart. no decide el segundo caso: á nosotros nos parece que en él se aplicará la pena al heredero sustituto, si el primer nombrado falleció antes de haber incurrido en mora, segun la regla de la cit. l. ult. C. *de testam.*, á saber, *hæres hæredis testatoris est hæres*; empero falleciendo el primero despues de la mora, habrá únicamente lugar á la caucion de que hablan la cit. auth. y la nov. de donde deriva. De lo dicho se infiere que si el fundador de un mayorazgo impuso nominalmente al primer nombrado, el cargo de cumplir su testamento, bajo la pena de perder el mayorazgo, y por esta causa se vió llamado á suceder el siguiente en grado; se infiere, digo, que este no perderá el mayorazgo por descuidar el cumplimiento de las disposiciones testamentarias del fundador. Á todo lo dicho añad. la Glos., Bart. y otros en la l. 6. D. *ad Trebell.* y Bald. en la l. 10. C. *de legat.*, col. 2.

(40) Añád. auth. *hoc amplius*, C. *de fideicom.* y la nov. de donde deriva. Atendidas las palabras generales de esta l. y la cit. auth.; su disposicion tendrá lugar, aunque la negligencia recaiga sobre el cumplimiento de causas piadosas. La Glos. en el cap. *Silvester*, 11. q. 1. indica las diversas opiniones sobre el particular: allí mismo Archid. y Dominic. sostienen que dicha auth., al esceptuar la legítima, no procede respecto de las mandas piadosas; sino que estas se pagarán íntegramente sin deduccion de la legítima, siempre que respecto de ellas hubiese sido negligente el legitimario; así opinan tambien el Host., Juan Andr. y Ancharran. en d. lug., y esta es la opinion general segun Imol. en d. cap. *si hæredes*, *de testam:* Empero, la opinion contraria parece mas probable, dado que sin embargo de hacer mencion la cit. auth. del legado de libertad, el cual se reputa manda piadosa, segun la l. 1. §. *sí autem* C. *de comm. serv. manum.*; establece que el heredero conserve salva su legítima. Ademas, como que esta no se considera un lucro, y sí á manera de deuda, l. 6. §. ult. D. *de fals.* y allí la Glos. es consiguiente que no venga comprendida en las leyes que privan al heredero del lucro que debia reportar del testamento; sostienen esta opinion Cardinal, Abb., Imol. y Barbat. en d. cap. *si hæredes*, Bald. en la cit. auth. *hoc amplius*, Silvest. en la sum. sobre la palabra *testamentum*, la 2. cuest. 10. y Dieg. de Seg. en la repet. á la l. 3., §. ult. D. *de liber. et posth.*, col. 1., el cual infiere de esto que si el hijo mejorado en el tercio y quinto, deja pasar un año sin dar cumplimiento á lo dispuesto por su padre, perderá el quinto, mas no el tercio, por reputarse parte de la legítima. La misma opinion defienden la Glos. en d. cap. *si hæredes*, al fin, y Molin. en las costumbr. paris. tit. 1. §. 8. glos. 3. cuest. 1., Covar. en d. cap. *si hæred.*, donde, siguiendo á Molin. contesta al cap. *licet*, *de voto*, diciendo que en el caso del mismo el hijo habia prometido espresamente cumplir el voto paterno, y que por esta causa le conmina el Papa con el anatema y la pena de privacion del reino: en fin dice ser esta opinion la general Dezid. en el tratado de la primogenitura, libr.

(1) E porque acaesce alas vegadas, que los omes esparcen, e derraman todos sus bienes faziendo mandas dellos, de manera que non finca al heredero aquella parte que deuia auer por derecho. Porende, pues que en el titulo ante deste diximos de las mandas, e de los testamentarios, que las han de pagar; conviene que digamos en este, quanto es lo que el heredero puede sacar de cada manda, quando non ouiesse aquella parte que deuia auer. E de que cosas puede esto ser fecho. E en qual manera, e en que tiempo.

LEY 1. *Quanto es lo que el heredero puede sacar de cada manda, quando non ouiesse aquella parte que ha de auer; e en que cosas lo puede fazer.*

Falcidia es llamada en latin, la quarta parte de la herencia, que deue auer el heredero estraño, a lo menos, de los bienes del finado, por razon que era escrito en testamento de otro. E porende dezimos, que quando algun ome faze manda de todos sus bienes, de manera que non dexa al heredero la su parte que deue auer, estonce el heredero puede abaxar de cada una de las mandas (2) la quarta parte de ella, e retenella para si. E si por auentura el

3. cuest. 6.

(1) Hé aqui una de las razones que hubo para la introduccion de la falcidia: pueden verse otras en Bart. á la l. 55. D. *de leg.* 1. Adviértase que compete tambien la detraccion de la falcidia al sucesor abintestato, l. 18. D. *ad leg. falcid.* Podrá detraerla el legatario gravado con la prestacion de alguna manda? Asi opina Jac. Butric. en el supuesto que la restitucion debiese comprender el total de la manda; empero, sostienen lo contrario la Glos. y Bart. en la nov. 1. pr. y cap. 1. y la misma Glos. y Bald. en la l. 1. C. *comm. de legat.*, col. ult.; v. l. 32. §. 4. D. *ad leg. falcid.* [Por punto general al legatario no le compete este derecho, ya porque la ley falcidia y esta de Partida hablan únicamente de los herederos; ya por hallarse dispuesto que el legatario puede ser gravado por todo el importe de la manda que se le hizo. Sin embargo, si el heredero en uso del derecho de falcidia le ha disminuido la manda, él podrá á su vez verificar una detraccion proporcional de aquellas con que hubiese sido gravado, l. 32. §. 4. D. *ad leg. falcid.*] En cuanto á si al fideicomisario universal le competerá este derecho, si de él no usó el el fiduciario, véanse Bart. en d. cap. 1., Imol. y Alex. en la l. 1. §. 18. D. *ad Trebell.* y Az. en la Sum. C. d. tit. col. 1. —*En este punto conviene distinguir: si el fideicomisario universal ha sido á su vez gravado de restitucion, no podrá detraer la cuarta llamada trebeliánica, aunque el testador hubiese prohibido la detraccion al primer gravado; á no ser que el heredero, pudiendo detraer dicha cuarta, no lo hubiese verificado para beneficiar por su parte al fideicomisario, l. 1. §. 19. D. *ad Trebell.* Si el fideicomisario universal ha sido especialmente gravado con la prestacion de algunas mandas, podrá detraer de ellas una parte proporcional á la detraccion que del fideicomiso verificó el heredero, á título de trebeliánica, l. 43. §. ult. D. *de condit. et demonst.* El resultado viene á ser el mismo cuando la prestacion de las mandas se impuso al fiduciario ó se dispusieron simplemente por el testador.

Pero hay para nosotros una cuestion prejudicial; á saber si por la l. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec., en virtud de la cual se sostiene el testamento, aunque no ada la herencia el heredero escrito, quedaron implícitamente derogadas las disposiciones relativas á las cuartas falcidia y trebeliánica. Asi opinaba Antonio Gomez respecto de la primera en el lib. 1º *var. resol.* cap. 12. n. 11. Empero Molina en el tratado *de Hispan. primog.* lib. 1. cap. 17. ns. 10 y sigs. impugna á Gomez con razones incontestables: fúndase en que la cit. l. del Reino no dispone para el caso de adirse una herencia gravada con muchas mandas que absorvan mas de las tres cuartas partes de la misma, y sí solo para el supuesto de no admitir el heredero, supuesto en que no hay lugar á la cuestion de la cuarta falcidia. Empero, se dice, la causa inductiva de esta cuarta fue el impedir que muchos testamentos quedáran destituidos por falta de adicion, causa que desapareció respecto de nosotros con la citada ley del ordenam. A este argumento contestarémos con el mismo Molina que semejante causa no fue la única en el derecho romano, como lo prueban los comentarios de los jurisconsultos á la ley falcidia, y el que habia lugar á la detraccion de la cuarta trebeliánica aun en aquellos casos en que la herencia pasaba al fideicomisario, sin necesidad de adicion; á lo que añadirémos que por nuestro derecho el fundamento principal de la falcidia consiste en que no parece razonable que al heredero no le quede mas que un vano título, segun se lee en este proemio que comentamos.

(2) Añád. l. 2. C. *de leg. falcid.*, l. 73. §. ult., l. 49. y l. 26. D. d. tit. La falcidia debe detraerse proporcionalmente de cada cosa legada, es decir, que en uso de ese derecho no puede el heredero adjudicarse á sí una cosa

testador non fiziesse mandas de todos sus bienes, pero menguasselos, de guisa, que el heredero pagando enteramente las mandas, non le fincaria en saluo la su parte; dezimos, que bien puede abaxar de cada una de las mandas aquello que de mas mandare (3), e retenerla para si, fasta que aya su derecho. E este abaxamiento se deue fazer de cada manda, segun fuere la quantia dellas. Mas si los herederos fuessen de los que descienden, o suben por la liña derecha del fazedor del testamento, estonce deuen auer la su parte legitima (4), a que llaman en latin, debitum jure naturæ; assi como diximos de suso en el titulo de los que pueden fazer testamento, en la ley que comiença, Religiosa vida. Otrosi dezimos, que el here-

determinada, Az. en la sum. C. d. tit. col. 2., Glos. en d. l. 2., v. Bart. en la l. 91. D. d. tit. y añad. l. 2. al fin de este tit. de Part. Si los legados debiesen disminuirse por esceder su importe al valor del patrimonio, esta disminucion afectará á todos, inclusas las mandas piadosas, sin embargo de que á ellas no alcanza la falcidia, segun la auth. *similiter*, C. *ad Trebell.* y la l. 4. de este tit.: pruébalo esto la l. 17. §. ult. D. *de testam. milit.* y asi opinan Juan Andr. en las adiciones al Spec. tit. *de testam.*, §. 1., Alber. en la l. 49. C. *de Episcop. et cleric.* Imol., Paul. y Alex. en la l. 17. D. *ad leg. falcid.* y Bart. en d. auth. *similiter.* Empero Ang. en d. l. 17. §. 4. esceptúa los legados de especie, los que quiere que se presten íntegros, y su opinion se halla indirectamente apoyada por la l. 11. D. *ut in posses. legat.*: no obstante el mismo Ang. en la l. 82. D. *ad leg. falcid.*, fundado en el mismo testo, sostiene que dichos legados quedarán tambien sujetos á detraccion en el caso de que se trata; y allí mismo haciéndose cargo de lo anotado por la Glos. en la l. 18. D. *de testam.*, donde espresa no haber lugar á contribucion, cuando de las mandas, las hay de especie y de cantidad; dice, que en su opinion la Glos. se refirió al supuesto que la totalidad de estas no escediera del valor del patrimonio; mediando este esceso, añade, tendrá lugar la contribucion, en virtud de la cit. l. 82. Paul. de Castr. se contradijo en este punto, segun refiere Alex. en d. l., y allí este adopta la opinion de Ang., como mas acertada, y dice ser tambien la de Bald. en la l. 2. §. 1. D. *de condict. indeb.*, en cuyo lugar contesta á la cit. l. 11.: manifiesta el mismo parecer Bald. en la l. 2. al fin C. *ad leg. falcid.* y en la l. 14. d. tit., cuyo testo dice ser terminante. Adviértase que el precio de los esclavos que deben manumitirse en virtud de disposicion del testador, se deducen antes que los legados como deuda hereditaria, ll. 33., 34. y 39. D. *ad leg. falcid.* y l. 1. §. 12. D. *si cui plusq. per leg. falcid.*: pero téngase presente que esto no tendrá lugar, cuando deban disminuirse las mandas por superar al valor de la herencia; entonces, segun Bart. en d. auth. *similiter*, las mandas de libertad sufrirán tambien la disminucion, al igual de las demas cuyo objeto es piadoso: no obstante en mi opinion y de acuerdo con la Glos. en la l. 8. §. 9. D. *de inoff. testam.* deberá limitarse la disminucion de las citadas mandas de libertad, al caso que de otra suerte no pudiese quedar salva la legítima de los hijos; y cesando esta causa parece que ante todo se deducirán á la par de las deudas hereditarias, como lo prueba claramente la cit. l. 1. §. 12. Se deduce tambien en calidad de deuda y en perjuicio de los demas legados, el de dote hecho por el padre á la hija, segun Bart. en la l. 2. §. *si sponsa*, D. *de privil. credit.* y Bald. nov. en el tratado *de dote*, fol. 34., col. 3., vers. 1. *privilegium.* Por lo que mira al modo de deducir la falcidia de los legados de alimentos, de usufructo y otros semejantes, véanse las ll. 55. y 68. D. *ad leg. falc.*

(3) Añád. d. l. 73. §. ult. D. *ad leg. falcid.* y el §. ult. Instit. d. tit.

(4) Manifiesta claramente esta l., que el hijo no puede deducir á la vez la legítima y la falcidia; en efecto, asi resulta de la partícula *mas*, equivalente á *sed*, palabra que asi en puntos de hecho como en los de derecho, indica *contraposicion*, l. 2. D. *si quis in jus voc. non ier.* y la Glos. y Bart. en la l. 58. D. *de verb. oblig.* y en la l. 2. §. 1. D. *de præt. stipul.*: deducirá pues el hijo la legítima, mas no la cuarta falcidia que de otra suerte le hubiera correspondido por derecho de institucion, siendo gravada de mandas la herencia. Este era ya el parecer de Az. en el preámbulo de la nov. 1. col. 2. vers. *hic autem quæri potest*, donde tratando de si pueden concurrir diferentes cuartas, á saber, la falcidia y la legítima en el supuesto que el hijo se viese cargado de legados; ó la trebeliánica y la legítima, si el hijo debiese restituir la totalidad de la herencia; ó la cuarta del emperador Antonino Pio, la legítima y la trebeliánica, si se tratara de un hijo arrogado; al fin resuelve, que en todo caso se dará únicamente lugar á la detraccion de una cuarta, arg. nov. 1. cap. 1. §. 1. y l. 8. §. penult. D. *de inoff. testam.*; á no ser que al hijo se le hubiese gravado de restitucion condicionalmente, ó para cierto dia, en cuyo caso podrá retener desde luego la legítima, y al verificarse la restitucion la trebeliánica, l. 6. C. *ad Trebell.*

dero puede sacar su parte, assi como diximos, de todas las mandas, o donaciones (5) que los testadores fazen por razon de su muerte.

LEY 2. *En que manera se deuen menguar las mandas.*

La manera en que los herederos deuen baxar de las mandas por la su parte legitima, a que llaman en latin Falcidia, es esta (6). Que primeramente deuen pagar todas las debdas (7) que deue el defunto, tambien las que deue a aquel que establecio por su heredero, como a otros qualesquier, a quien las deuiesse. Fueras ende, si el testador dixesse señaladamente en su testamento, que el debdo que deuia a aquel que establescio por su heredero, que non queria que se sacasse (8) de las mandas, nin se entregasse del. Otrosi deue sacar en ante todas las despensas (9), que fues-

Esta es la opinion general y la que se halla adoptada en las escuelas y en el foro, segn. Ang. en la l. 41. §. 2. D. *de vulg. el pupill.*; v. Alex. en la l. 11. §. 5. D. *ad leg. falcid.*, col. 5. y 6. y en el consil. 142., vol. 2. dud. 2., Jas. en la auth. *res quæ*, C. *comm. de legat.*, col. 3., en la auth. *novissima*, C. *de inoff. testam.*, n. 39. y en la l. 24. C. *fam. ercisc.* n. 8. y Dec. cons. 35. n. 8. cons. 228. col. ult. y cons. 419. col. 1. Lo mismo tendrémos cuando los ascendientes se hallen gravados de restitucion condicionalmente, ó á cierto dia por sus descendientes, Ang. y Cumm. en la l. 29. §. ult. D. *de testam. milit.*, si bien Bald. allí duda de esta decision: apruébanla, asegurando ser opinion general, Juan Crop. en la l. 122. §. 6. D. *de verb. oblig.*, col. 22. y Aimond. Sap. cons. 110.: Alex. sostuvo lo contrario en d. l. 11. §. 5. col. 7. Acerca de si procederá la detraccion de la Trebeliánica, en virtud de las leyes de Part. y de las del Fuero y de Toro, cuando el padre ó el hijo se hallaren gravados de restitucion en la forma indicada, véase lo que dije en la l. 12. tit. 5. de esta Part. glos. ult. Lo que dije más arriba que no cabe á la vez la detraccion de la falcidia y de la legítima, aun cuando los legados fueren condicionales, ó á término, se halla sostenido por Fulgos. en la l. 10. C. *ad leg. falcid.*, y tambien por Alex. en d. la 11. §. 5. col. 7. vers. *potest etiam ex predictis dubitari*, donde asienta que en ese punto se diferencian dicha cuarta y la Trebeliánica, si bien Bald. sostuvo lo contrario en d. l. 10. En el supuesto que el hijo debiera tener derecho á detraer las dos cuartas, ¿habria medio para impedirlo? V. Alex. en la l. 12. D. *ad leg. falcid.* donde indica uno, y consiste en que el padre prohiba la detraccion de la Trebeliánica, disponiendo que el hijo la compense con la legítima. Adviértase que caso de tener lugar la detraccion de las dos cuartas, se deducirá ante todo del total de la herencia la legítima, y de lo que reste la Trebeliánica; asi opina la Glos. en el cap. *Raynaldus*, *de testam.*, en la palabra *medietatem* y sobre las palabras, *licèt illas non expresserit*, y del mismo parecer es Bald. en la nov. 1. cap. 1. §. 1.

(5) Tenemos aqui que la falcidia no solo tiene lugar en los legados y fideicomisos, sí que tambien en las donaciones por causa de muerte, l. 80. D. *ad leg. falcid.*: se disminuirán tambien por la misma causa las donaciones entre vivos que se hubiesen confirmado por la muerte del testador, l. 12. C. d. tit. y l. *antepen.* C. *de donat. int. vir. et uxor.*, y en las adquisiciones por causa de muerte, que no pueden referirse á la clase de donaciones, d. l. 80. y Azon en la Suma d. tit. col. 1. — * Estas adquisiones se llaman en el derecho romano, *mortis causa capiones*; por ejemplo, se lega un predio á Juan si diese cien pesos á Pedro; los cien pesos no son para este una donacion verdadera, sino una *mortis causa capio*, l. 38. D. *donat. mort. caus.*; v. l. 1. §. 8. D. *ad leg. falcid.*

(6) Está conforme con Az. en la Sum. C. *ad leg. falc.*, col. 2. vers *Sic autem ponitur.*

(7) Añád. l. 87. §. 2. D. y. ll. 8 y 6. C. d. tit.

(8) Añád. l. 12. D. d. tit.

(9) Deben sacarse en todo caso los gastos del entierro, por ser necesarios: entiéndase esto en los términos de la l. 1. §. 19 y de la l. 2. D. *ad leg. falc.* y del §. 3. Inst. d. tit. En el caso de haberse elevado al testador un monumento suntuoso se detraerá la falcidia del esceso?: Ang. en d. §. ult. y en la l. 50. §. 1. D. *de petit. hæred.* sostiene que teniendo por resultado ese gasto el adorno de la Iglesia, se equiparará á las mandas piadosas, y de consiguiente cesará de todo punto la falcidia: Imol. en el mismo lug. defiende lo contrario, apoyado en que mas bien que la memoria del difunto parece tener por objeto la vanidad y consuelo de los vivos: con Ang. allí mismo conviene Alex., siguiendo á Raf. y á Paul. de Castr., empero con la circunstancia que lo invertido tenga por objeto el adorno del templo, en cuyo caso deberá equipararse á las mandas piadosas; véase al mismo Alex. en la l. 1. §. 5. D. *ad leg. falcid.* Si atendida la calidad del difunto fuese indecoroso el dejar de construir un monumento para su cadáver, lo que se invierta en este objeto se reputará impensa ne-

sen fechas por razon de la muerte del defuncto, e aun deue sacar en ante las despensas que fizieren en los escritos del testamento, e en los memoriales (10) de los bienes del defunto. Otro-

cesaria, mientras no esceda de lo que corresponde á su estado, Imol. en d. §. 19. y Ang. Arct. en el §. ult. Instit d. tit. Lo que se invierta para las exequias de un prelado, se sacará de los bienes particulares de este, o de los de la dignidad? V. Abb. en el cap. *ut præterita, de elect.*; donde dice, que no ha visto esta cuestion tratada por ningun autor antiguo, y que Cardinal. espresó allí brevemente que en su opinion debian satisfacerse de los réditos de la dignidad, por ser como un preliminar de la eleccion, cap. *bonæ*, el 2. *de elect.*: concluye allí el mismo Abb., refiriéndose á su disput. que empieza *Sempronius*, que los gastos que llevan por único objeto el alivio del alma del difunto, deben satisfacerse de los réditos de la dignidad, sean cuales fueren los bienes que hubiese dejado el prelado, arg. cap. *ad apostolicæ*, *de donat.*, cap. *bonæ rei*, 12. q. 2. y cap. *ubi periculum*, *de elect.*, lib. 6.; mas no los que llevan la pompa y la ostentacion por objeto. Si el papa concede á un clérigo la facultad de testar de lo proveniente de los beneficios que obtiene, á quién corresponderán los gastos del entierro? V. Déc. cons. 157. tratando de lo invertido en los funerales de cierto cardenal, y nótese lo que allí dice, á saber, que la trasmision de bienes se entiende hecha con los gravámenes: añádase á lo alegado por él la l. 2. §. 16. D. *de hæred.*, *vel act. vend.*, la que hace bastante al caso. Por gastos del entierro ó, como se dice en esta ley, *por razon de la muerte*, debe entenderse todo cuanto se invierta en este objeto hasta que se haya dado sepultura al difunto, l. 14. §. 3. y l. 37. D. *de relig. et sumpt. funer.* y l. 12. tit. 13. Part. 1. De aqui inferirémos con Cifuent. en la l. 30. de Toro, que pertenecerá á esta clase lo invertido para el toque de las campanas, lo que se diere á los clérigos, lo gastado para la conduccion del cadáver, para abrir la sepultura, y para misas, cera, oblaciones y los vestidos de luto; alega el cit. D. la Glos. y Ang. en la l. 28. §. ult. D. *de stip. serv.* Lo que posteriormente se invirtiere no se reputará gasto de entierro, á no ser que de noche se hubiese dado sepultura al cadáver, y al dia siguiente á primera hora se hicieren las exequias, segun Cardinal. en la Clement. *dudum*, §. *verum*, *de sepult.* q. 4. Llevamos dicho que los gastos del entierro se deducen como deuda hereditaria; asi lo disponen esta l. y otras de Part., ademas la cit. l. 6., d. l. 1. §. 19. y l. siguiente, la l. 18. D. *de relig. et sumpt. funer.* y la l. ult. §. 9. C. *de jur. delib.*: sin embargo, en el caso que se trate de la legítima de descendientes ó ascendientes, semejantes gastos se sacan del quinto ó del tercio, como lo previenen la cit. l. 30. de Toro y la l. 6. del mismo ordenam. Lo que mas arriba hemos dicho, apoyados en la Glos. y Ang., que los vestidos de luto se consideran entre los gastos del entierro, parece argüir, segun el propio Ang., lug. cit., que los vestidos de esta clase que se dieren á la viuda, no se le imputarán á la dote, sino que serán de cuenta del heredero: Empero segun Imol. en d. l. 28. tan solo deberá entenderse habérsele hecho donacion de semejantes vestidos, cuando fueren usuales y de poco precio; siendo de lujo, añade, parece que se le entregaron para conservar el honor del marido, mientras permanezca viuda, arg. l. 5. §. 10. D. *commodati*, y de consiguiente que deberá restituirlos si pasa á segundo matrimonio, á no ser que fuese otra la costumbre del lugar, la que en tal caso deberia observarse, arg. l. 23. D. *de legib.* Vital. en su tratado *clausularum*, fól. 332. y sig. aduce en esta cuestion lo alegado por Bald. *in margarita*, Inoc. sobre la parte *maritus*, y Rom. en la auth. *ex testam.* C. *de collat.*, y distingue al parecer entre el supuesto que el heredero deba los alimentos á la viuda, ya por quedar embarazada, ya por consistir la dote en cosas muebles; y el caso en que no haya lugar á semejantes alimentos: en el primer supuesto, dice que los herederos deben dar á la viuda los vestidos de luto: en el segundo, cree no existir esa obligacion, pero añade que si se los dieren á ella y son de poco valor, los hará suyos; mas no si fueren de lujo, porque se entienden meramente prestados: y al fin conviene en que, ante todo deberá ser atendida la costumbre del lugar. Acerca de la obligacion de devolver los vestidos de que se trata, Bald. vol. 5., cons. 478. se espresa en los siguientes términos: *quoad pannos nigros viduales debet distingui qualitas personarum, nam sicut uxor debet habere alimenta, ita etiam indumenta, unde absque viduali veste non potest honestè transire, debet fieri expensis viri, ut notatur in l. 48. D. de oper. libert, et ita servat consuetudo: tamen, si posteà deponit luctum et habitum vidualem, reddat vestes quas recepit et contemnit, arg. l. 66. §. 1. D. solut. matrim.; mulier verò quæ non vult indui de nigro, non propterea est infamis, l. decreto, C. de infam.*

(10) Añád. l. ult. §. 9. C. *de jur. delib.*: hácese tambien deduccion de los gastos que ocasione la venta de los bienes al efecto de satisfacer las deudas, l. 72. D. *ad leg. falc.*

si deuen ante sacar los dineros que el testador mandasse, para comprar los sieruos que mandasse franquear. Pero en esto y a departimiento; ca si el testador mandasse a alguno dineros, por que franqueasse su sieruo mismo (11); de tal manda como esta bien puede sacar la parte que es llamada, Falcidia. Mas si mandasse dar los dineros a algun ome, a quien mandasse comprar sieruo de otri; si todos los dineros entrassen en la compra del sieruo, non se puede porende sacar la Falcidia; mas si sobrassen dineros de la compra, bien se pueden ende sacar (12): e de todo lo al que fuere, puede el heredero sacar la su parte legitima, en esta manera; que si aquella cosa de que fue fecha la manda, fuere atal, que se pueda partir sin daño, e sin mal estança della, deue el heredero tomar della su parte (13); mas si fuesse cosa que se non pudiesse partir, assi como sieruo, o cauallo, o libro, o otra cosa semejante, estonce deuenla apreciar (14), e del precio della deue tomar el heredero la su parte. E si el heredero quisiesse tomar su parte entera en vna cosa (15) apartadamente, que fuesse mandada a otro, non lo puede fazer, si non fuere con plazer de aquel a quien fue mandada.

LEY 3. *Que tiempo deue ser catado, para poder menguar las mandas, en razon de sacar el heredero la su parte legitima.*

La quantia de los bienes del defunto deue ser catada e asmada en el tiempo que el fino (16), porque segun lo que por estonce era, deue el heredero sacar la su parte. E si despues se menguo, o se crescio (17), el daño, o el pro della pertenesce al heredero, e non a aquellos que deuen auer las mandas. E esto seria, como si el testador ouiesse en valia cient marauedis quando finasse, e los bienes en que los ouiesse fuesse en ganados, assi como en vacas, o en ouejas, o cabras, o otros (*a*) ganados. Ca, si quando muriesse el testador valiessen cient marauedis los ganados, e non mas, e despues pariessen, o esquilmassen dellos otros frutos, assi como queso, e lana, de guisa que los fijos, e los esquilmos valiessen otros cient marauedis, o mas; por todo esso aura el heredero todo el esquilmo de los ganados, e la quarta parte de los cient marauedis, que valian los bienes del testador quando fino. Otrosi dezimos, que si se menguassen despues de los bienes del finado la quarta parte dellos, con todo esso auran las mandas cumplidamente aquellos a quien fueron mandadas, e el heredero perdera la su parte, de todo aquello que menguare ende. Ca derecho es, pues que a el pertenesce el pro del acrescentamiento de la herencia, que otrosi sufra el daño (18), quando y acaesciere despues de la muerte del testador.

(*a*) ganados semejantes; Acad.

LEY 4. *Quales mandas non deuen ser menguadas por razon de Falcidia.*

Sacar pueden los herederos de las mandas la su quarta parte legitima, a que llaman en latin, Falcidia, assi como de suso mostramos. Empero mandas y a de tal natura, de que la non podrian sacar, e son estas; assi como de las cosas, que dexa el fazedor del testamento a Eglesia (19), o a otro lugar religioso, o a

(11) Añád. l. 24. §§. 12. y 19. y l. 6. D. *de fideicom. libert.* y l. 36. D. *ad leg. falc.*

(12) Sácase pues en este caso la falcidia, si la cantidad que restare basta para comprar el esclavo, segun se deduce de las leyes citadas en la glos. anterior. Qué dirémos del valor del esclavo del testador ó del heredero, cuya manumision se ha dispuesto? V. ll. 33. y siguientes hasta la 39. D. *ad leg. falcid.*

(13) Añád. ll. 49. y 26. D. d. tit. y ll. 2., 9. y ult. C. d. tit.

(14) Hecho el justiprecio, el heredero requerirá al legatario para que le satisfaga la parte correspondiente; y no verificándolo este, tendrá el primero la escepcion de dolo, si fuere reconvenido para el pago de la manda, l. 1. §. 9. y l. 80. §. ult. D. *ad leg. falcid.*

(15) Concuerda con Az. en la Sum. C. *ad leg. falcid.*, col. 2, vers. *et pro hoc solvitur quætio*, y con la l. 49. D. d. tit.: añádase lo que dije en la glos. 2.

(16) Añád. l. 73. pr. D. *ad leg. falc.*, y el §. penult. Instit., d. tit.

(17) Añád. l. 30. pr. D. d. tit.: véanse allí Ang. y Alex. quienes indican cuatro limitaciones; y en el mismo lugar Paul. de Castr., el cual esceptúa el caso que el aumento ó disminucion se hubiese originado de un hecho anterior á la muerte del testador, l. *Paulus*, D. d. tit. y allí Alex.: véase allí este mismo D. acerca de si tendrá lugar el mismo principio, respecto de la Trebeliánica y de la legítima: véase tambien Paul. de Castr. en d. l. y en la l. 73. pr. D. d. tit. Tratan tambien los mismos DD. de si tendrá aplicacion, cuando se hubiere hecho inventario; acerca de esto, véase tambien Bart. y el mismo Alex. en d. l. 30. §. *diligenter* y añad. l. 56. D. d. tit.

(18) Añád. l. 10. D. *de reg. jur.*

(19) Añád. cap. *Pontifices*, 12. q. 3.: po-

hospital, o a pobres, o para quitar los captiuos, o en alguna otra manera que fuesse obra de piedad (20). Ca, de tales mandas como estas, nin de las otras semejantes dellas, non de-

co importa al efecto, que la manda tenga únicamente por objeto la Iglesia, ó esta y una causa piadosa, ó bien, tan solo una causa de esta clase, auth. *similiter* C. *ad leg. falcid.* y la nov. de donde deriva; queda, pues, enmendada la l. 1. §. 5. D. *ad leg. falcid.* en cuanto dispone que la detraccion de la falcidia alcanza á los legados que tienen á Dios por objeto. Esta era la opinion general, sostenida tambien por Az. en la Sum. C. d. tit., col. ult., donde dice, *melius est favore clericorum, ut dicamus, correctum.* Ahora bien, si el heredero fuese una iglesia ú otra causa piadosa, detraerá la falcidia de los legados hechos á otra iglesia ó causa piadosa? Din. sostuvo la afirmativa, fundado en que el privilegiado no puede gozar de su privilegio contra el que lo tiene igual, nov. 123. §. *sed hoc præsenti* y allí Ang., Abb. en el cap. *in præsentia, de probat.*, col. 12. y Salic. en la auth. *qui rem, C. de sacros. Eccles.*, donde dice ser esta la opinion de los DD. en d. auth. *similiter:* ademas, segun Alex. en d. l. 1. §. 5. viene en apoyo de la misma opinion la l. 8. vers. *nisi fortassis*, D. *de excus. tutor.*, donde se dispone que el privilegiado puede usar del derecho comun, aunque su adversario fuese igualmente privilegiado; y cuyo texto aduce allí Bald. para el objeto de que se trata, de acuerdo con Jacob. de Aren. Empero Ludov. Roman. en la repet. á la auth. *similiter*, en el 40. *speciali ad pias causas*, y en la l. 3. §. 3. D. *ad Trebell.*, sostiene lo contrario, y fúndase en que la causa piadosa que pretende como heredera la detraccion de la falcidia, no acciona en virtud de privilegio, sino que se funda en el derecho comun; mientras que la causa piadosa legataria alega un privilegio especial, l. ult. D. *ex quib. caus. maj.*; y á la cit. nov. contesta que ella se refiere al caso de alegar entrambas causas piadosas igual privilegio. Alex. lug. arriba cit. halla esta opinion mas arreglada á derecho, atendida la cit. l. ult. y visto lo anotado por Bart. en d. auth. *quas actiones*, C. *de sacros. Eccles.*; y á la cit. l. 8. contesta que en ella no se trata del privilegio contra las escusas de derecho comun: sin embargo, añade, no debemos en la práctica despreciar la autoridad de los cit. DD. que opinan por la detraccion de la falcidia en semejante caso. Ciertamente no debemos separarnos de esta opinion, que es la general, segun Dec. en d. cap. *in præsentia*, n. 52. Ademas el privilegiado especial no puede alegar su privilegio, contra el que lo tiene general por una causa semejante; á no ser que este trate de lucrar y el otro de evitar un perjuicio, cual en el caso de d. l. ult.; asi discurre Dec. lug. arriba cit., de acuerdo con Bald. en la auth. *perpetua*, C. *de sacros. Eccles.*: por fin, segun Ang. en d. nov. 123., la razon por que cesa la falcidia respecto de las mandas piadosas, no cabe cuando una causa piadosa se halla instituida.

(20) Semejante legado se deduce como deuda hereditaria, ll. 37. y 39. D. *ad leg. falcid.*, Glos. en d. auth. *similiter* y la generalidad de los DD. en la l. 52. D. d. tit.: añaden estos que si hubiere algunas mandas piadosas y otras que no tengan esta calidad, no se detraerá de estas lo que hubiera correspondido detraer de las primeras, segun la l. 17. D. d. tit.: no obstante, si á una misma persona se hacen dos mandas, y la una de ellas es para un objeto piadoso, de la otra se deducirá la falcidia por las dos, segun Ang. en la l. 36. §. 1. D. d. tit., fundado en el mismo texto, y síguenle Imol. y Alex. en la l. 33. d. tit., Paul. en d. l. y en la l. 17. D. d. tit. y Bart. en la auth. *sed in ea* C. d. tit. [Si las mandas de que se ocupa esta ley de Part. deben restarse del valor total del patrimonio como deuda hereditaria, es claro que la esencion que se les concede no gravará á los demas legatarios y sí solo disminuirá el importe de la cuarta falcidia. En efecto, si la herencia vale 400, é igual cantidad suman todas las mandas, sumando 200 las piadosas; tendrémos que restando estas 200 de los 400, quedarán 200 como valor líquido de la herencia, cuya cuarta parte son 50, que deberán detraerse de las mandas no piadosas: es decir, que sufrirán estas una rebaja de 25 p%, la misma que hubieran sufrido, caso de ser todas las mandas sujetas á la detraccion de la falcidia. Empero, es para nosotros dudoso que las mandas de que aqui se trata deban bajarse del valor del patrimonio al igual de las deudas; pues que la l. 2. al referir lo que debe bajarse ó restarse para calcular la falcidia, no habla de semejantes mandas, respecto de las cuales esta que se comenta no dice mas sino que estan libres de la detraccion de dicha cuarta. Sin embargo, no puede ocultarse que el mismo argumento se sacará del modo como Justiniano se espresa en sus Instituciones; y á pesar de esto tenemos que por derecho romano se bajan al igual de las deudas hereditarias todas las mandas que son declaradas exentas de la detraccion de la falcidia, ll. 17. 92. y 24. D. *ad leg. falcid.* Conviene advertir que si las mandas libres de detraccion jun-

ue el heredero retener ninguna cosa para si por razon de falcidia (21), ante deuen ser dadas cumplidamente, assi como el testador las mando. Fueras ende, si el heredero fuesse de los que descienden, o suben por liña derecha del testador. Ca estos atales en todas guisas

to con las demas, esceden al valor de la herencia, deberán ante todo estas y aquellas disminuirse á prorata hasta reducir la suma total de las mismas al importe líquido de los bienes del difunto, l. 18. §. 1. D. d. tit.]

Tenemos aqui que se considerará manda piadosa lo que se dejare á la iglesia, á los hospitales, á los pobres, ó para la redencion de cautivos; añad. el Spec. tit. *de instrum. edit.*, §. *nunc verò aliqua*, vers. *et scias*, el 2., donde puede verse que tambien se referirá á la misma clase la manda dirigida á la recomposicion de las murallas, ó á la seguridad del territorio, pues que resulta en beneficio de los huérfanos y miserables que en él viven. Refiérese tambien á la misma clase lo que se dejare para puentes y caminos, Glos. y Nicol. de Neapol. en la l. 1. §. 5. D. *ad leg. falcid.*, lo que debe entenderse, segun el Spec. en d. vers., en el supuesto de necesidad apremiante, arg. l. 7. C. *de sacros. Eccles.*, junto con otras allí citadas. En la opinion de Paul. de Castr. en la l. 14. D. *de inoff. testam.*, col. 2., únicamente deben atribuirse los privilegios de las causas piadosas á las mandas respecto de las cuales lo ha espresado la ley, y de consiguiente no serán aplicables dichos privilegios á las que se hacen para la recomposicion de puentes, caminos ó murallas: pero á esto puede contestarse con lo que llevamos dicho. Partiendo de lo mismo, concederémos el privilegio de manda piadosa, no á cualquiera que tenga por objeto la redencion de cautivos, y sí solo á las que se dirigen á la redencion de los que por sí no podian obtenerla, Bald. nov. tratado *de dote*, fól. 7. col. 3. Acerca de si deberá ó no llamarse manda piadosa la que se hace para pintar una imágen de la Vírgen ú otra cualquiera, véase el Spec. lug. cit., el cual opina por la afirmativa, asi como Ang. y Alex. en d. l. 1. §. 5.: ademas, dice Bald. en d. auth. *similiter* que pertenece á esta clase todo lo que puede servir de alivio al alma del testador ó de cualquier católico, ó de algun preso por razon de delito, segun lo anotado en la l. 17. D. *de leg.* 2. y la nov. 115. cap. 3. §. 13. vers. *occasionem*. Sin embargo el mismo Bald. en la auth. *contra rogatus*, C. *ad Trebell.*, opina de otra suerte respecto de los presos por razon de delito, fundado en que tan solo los inocentes son dignos de misericordia. La primera opinion nos parece mas acertada, opinion que sostiene la Glos. en el cap. *sacrorum* 12. q. 2., donde dice que la razon del mismo cap. y de la l. 22. C. *de sacros. Eccles.*, en cuanto permiten la enagenacion de las cosas de la iglesia para la redencion de cautivos, milita tambien respecto de los presos por causa de delito: alega el cap. *si res aliena*, 14. q. 6., y el cap. 1. y el cap. *reos*, 14. q. 5., donde se declara no ser inhumanos los actos de beneficencia respecto de los delincuentes; y aduce tambien aquellas palabras del cap. *non satis*, distinc. 86., á saber, *sed plus illis qui sine culpa*: y estan de acuerdo con la Glos., Imol. y Alex. en la l. 20. D. *solut. matrim.*: lo dicho entiéndase de los presos pobres, como indiqué mas arriba siguiendo al Spec., y añad. Ang. en el tratado *maleficiorum*, en la parte, *quis judex dictum Cajum carcerari jussit.* Añádase tambien que es causa piadosa el dotar á las doncellas, segun Bald. en la auth. *nisi rogati*, C. *ad Trebell.*; pero entiéndase, cuando se trata de las que son pobres ó indotadas, Bald. nov. lug. cit. Se reputa tambien de la misma clase lo que se deja para reparar el daño causado con adquisiciones ilegales, Spec. lug. arriba cit. y Juan Andr. en las adic. col. 29. y 30.; y véase allí, si en este caso se destinará á objetos piadosos la parte en que la manda esceda al importe de la reparacion. Considérase tambien manda piadosa la que se hace á título de alimentos á una persona pobre, aunque sea pariente, Glos. en la l. 19. C. *de sacros. Eccles.* y Bart. en la l. 9. D. *de alim. et cib. leg.* En todo caso debe atenderse mas bien á la calidad del objeto que á las palabras del testador; pues que lo que este diga no puede cambiar la verdad de las cosas, Alber. en la l. 28. C. *de Episc. et cleric.*, col. pen., Bald. en d. auth. *similiter*, l. 27. D. *de probat.*, l. 8. *de castr. pecul.* y arg. l. ult. D. *de exerc. act.*

(21) Qué dirémos de la Trebeliánica? La Glos. en el cap. *si pater*, *de testam.*, lib. 6. sobre la palabra *Trebelianicæ*, sostiene que se detraerá del fideicomiso, aunque este se dirija á una causa piadosa; de la misma suerte opinan allí Archid. y Juan Andr., y varios otros DD. citados por Alex. en la l. 3. pr. D. *ad Trebell.*, col. 3. y 4. Empero Bart. en d. l. asienta que lo mismo que en la falcidia tendrá lugar en la Trebeliánica; y esta opinion es la general, segun Alex. y Jas. en la misma l. y Socin. cons. 116., col. ult. vol. 1., donde cita á varios que la sostuvieron. De esta decision deberémos esceptuar el caso que fuese otra causa piadosa la gravada de restitucion,

deuen auer la su parte legitima (22), e non gela pueden embargar por tales mandas como sobredichas son, nin por otra manera (23) ninguna. Fueras ende, si el heredero fiziesse tal yerro, por que el testador le ouiesse desheredado con derecho. Otrosi dezimos, que quando estuuiesse algun Cauallero (24) en hueste, en seruicio del Rey, o en seruicio comunalmente de la tierra si fiziesse (*b*) manda, en que dexasse mandas a otro, e establesciesse por su heredero a alguno, que non fuesse de los que descendiessen, o subiessen por la liña derecha del mismo, tal heredero como este non deue sacar de las mandas, que el Cauallero fiziesse en tal lugar ninguna cosa; maguer non ouiesse de otra parte, de que pudiesse auer la su parte legitima. E esto es, porque los Caualleros, de mientra que estan en hueste (25), han este priuilegio, e otras mayorias, mas que los otros omes, assi como se muestran en las leyes deste nuestro libro; porque son puestos para amparar el pro comunal de la tierra.

(*b*) testamento en que Acad.

LEY 5. *Como, si el heredero da alguna cosa ascondidamente por mandado del testador, a ome que la non podia auer de derecho, non puede despues sacar della Falcidia.*

Personas ciertas son, a quien defienden las leyes deste nuestro libro que les non puedan dexar los omes mandas, nin otras cosas en sus testamentos; assi como diximos de suso en el titulo de los Herederos. E porque acaesce a las vegadas, que los fazedores de los testamentos ruegan ascondidamente a los herederos que den alguna cosa a tales personas; porende mandamos, que los herederos no sean tenudos de los obedescer en esto. E si contra esto fizieren, pierdan (26) porende la su parte, que es llamada Falcidia, de manera que la non puedan sacar de las mandas; e si la han sacada, que la den a la Camara del Rey. Fueras ende, si el heredero fuesse fijo, o nieto, o sieruo (27) del fazedor del testamento. Ca estos herederos atales non la deuen perder

como dije respecto de la falcidia en la glos 19., si bien disiente Alex. en d. l. 3. Adviértase que, aun cuando no sea privilegiado el primer sustituto fideicomisario, no obstante cesará la Trebeliánica, si dicho sustituto fuese á su vez gravado de restitucion á favor de una causa piadosa, pues que debe atenderse á esta, á la que en último resultado han de venir á parar los bienes; asi lo afirma Ludov. Rom. en d. l. 3. §. 1., y dice haberlo decidido en el cons. 206. al fin, esceptuando empero el caso que fuese incierto si el fideicomiso se purificaria, ó no, definitivamente á favor de la causa piadosa, incertidumbre que tendríamos, siendo gravado el sustituto bajo la condicion, *si falleciere sin hijos.* Esta es tambien la opinion de Alex. en el cons. 20. al fin, vol. 3. y en la l. 57. D. *ad leg. falcid.*; si bien quiere que en semejante caso al detraerse la Trebeliánica se dé caucion de restituir dicha cuarta, caso de purificarse el fideicomiso á favor de la manda piadosa, arg. l. 45. D. *ad leg. falc.*, junto con la l. 1. pr. D. *ut legat. nom. cav.*, y otras semejantes. Sin embargo, no carece de dificultad ese medio que admite Alex.; pues Bald. decide de un modo opuesto en el cons. que empieza, *in quæstione, quæ vertitur inter scholam sanctæ Mariæ*, citado por Socin., cons. 8. vol. 1. 2. dud.; en el caso propuesto por Bald. el testador habia instituido á sus hijos, sustituyendo el segundo al primero, y para el caso que los dos fallecieren sin dejar hijo alguno, sustituia á los pobres; y decide el cit. D., que si el primero fallece sin hijos, y despues el segundo también sin hijos, de la parte del primero no quedará mas que la mitad para la causa piadosa, habiéndose detraido la legítima y la Trebeliánica, las que adquirió el hermano sobreviviente en calidad de heredero de su hermano, y no como fideicomisario de su padre; cuya mitad queda libre de restitucion, una vez separada del fideicomiso, arg. l. 11. C. *de remiss. pign.* Socin. lug. arriba cit., dice parecerle este caso de resolucion dudosa: no obstante en el cons. 144. vol. 1. col. ult., parece adherirse á la decision de Bald.; en efecto, dice, que si la restitucion es mediata y condicional, puede sacarse la Trebeliánica por el fiduciario, la que una vez separada, ya no se cuenta mas como parte del fideicomiso, arg. d. l. 11., aduce la decision del mismo Bald. y añade que de la misma suerte opinaron Rom. lug. arriba cit. y Juan de Monte Sper. en d. auth. *similiter*, y que asi ha visto decidirlo varias veces por hombres muy doctos. Yo me inclino á que la deduccion de la cuarta se verifique, mediante la caucion que indica Alex.

(22) La que es debida por derecho natural; asi es que no sufre jamas disminucion por la falcidia; esta l. y la l. 36. C. *de inoff. testam.*

(23) Añád. l. 11. t. 4. de esta Part.

(24) Añád. ll. 17., 40. y 92. D. *ad leg. falcid.*, l. 7. C. d. tit., donde la Glos. dice lo mismo de la Trebeliánica; v. l. 12. tit. 5. de esta Part., junto con la glos.

(25) Véanse las ll. cit. y la que dije en la l. 49. tit. 5. Part. 5.

(26) Añád. l. 11. D. *de his quæ ut indign.*

(27) Añád. l. 13. D. *ad leg. falc.*

(28) por tal razon; porque ellos estan en poder del, e son tenudos de caber su ruego (29), e de obedecer su mandado.

LEY 6. *Por quales razones, e de que cosas, non puede sacar falcidia el heredero.*

Maliciosamente cancelando el heredero el testamento, o las mandas, porque non valiessen, pierde (30) por ende, que non puede sacar la falcidia dellas. Otrosi dezimos, que si el heredero furtasse alguna cosa de las que el testador fiziesse manda a otri, o la negasse maliciosamente, diziendo que era suya propria, e non del testador; por qualquier destas razones que sea vencido el heredero por juyzio, pierde porende (31), que non pueda sacar de las mandas la falcidia. Otrosi, aquellos herederos que non suben, nin descienden por la liña derecha del testador, non pueden sacar falcidia de las mandas si el testador les defendiesse señaladamente (32), que la non sacassen. Otrosi dezimos, que si el testador fiziesse manda a alguno de Castillo, o de otra heredad cierta,

(28) Se confiscará pues la herencia sin perjuicio de la falcidia correspondiente al heredero d. l. 13.

(29) Viene en apoyo de lo que dije en la l. 13. tit. 7. de esta Part. : dedúcese de aqui, como advierte Alex. en d. l. 13., que el hecho de prometer secretamente que se restituirá la herencia á un incapaz, no se considera un delito atroz ; pues que de otra suerte no èscusaria al esclavo el haber obedecido á su señor, l. 157. D. *de reg. jur.* y l. 30. D. *de oblig. et act.*

(30) Concuerda con la l. 59. D. *ad leg. falcid.*

(31) Concuerda con la l. 68. §. ult. D. *ad leg. falc.* : entiéndase que segun se esprésa en esta l. de Part., pierde la falcidia respecto de aquellas cosas que ocultó ó dijo pertenecerle.

(32) No bastará pues la prohibicion tácita, segun esta l., la auth. *sed cum testator*, C. *ad leg. falcid.* : asi pues, aunque el testador á sabiendas distribuyese todo su patrimonio en legados, tendrá lugar la falcidia, si espresamente no se prohibió su detraccion, Bart. en la nov. 1., cap. 2: §. 2. y el cap. *Raynaldus, de testam.*, y allí Abb.; asi opina tambien Ang. en d. auth. y en la nov. de donde ella deriva. No obstante, bastará que el testador se haya valido de palabras equivalentes á la prohibicion espresa, disponiendo, por ejemplo, que se paguen íntegros los legados, Glos. en la l. 6. D. *de fideicom. libert.* y Bald. y Paul. de Castr. en d. auth. ; advirtiéndose que el último concede esta fuerza á las palabras equivalentes en el único caso que no pueda atribuírseles otro sentido que el de que se trata, véase el cit. D. y á Alex. vol. 3. cons. 5., donde se ocupa de la cit. glos. y en el cons. 133., vol. 5. y Dec. cons. 402., col. 2. y 3.

Pregúntase ahora, si se entenderá prohibida la detraccion de la falcidia, cuando el testador usa de la siguiente cláusula de costumbre : *cumplido mi testamento, y satisfechas las mandas que contiene, instituyo en lo restante á Ticio* : parece que aun tendrá lugar la detraccion de dicha cuarta, arg. l. 3. §. 2. D. *ad Trebell.* ; empero con Ang. en d. lug. esceptúese el caso que á dicho heredero se le hubiese encargado la restitucion de la herencia condicionalmente, pues que entonces parece haber querido el testador que se pagaran íntegros los legados ; y en el mismo supuesto, cumpliéndose la condicion, el heredero gravado detraerá la Trebeliánica, pero del fideicomiso universal tan solo : esta dice ser Ang. la costumbre ; véase lo que digo sobre ese punto en la l. ult. de este tit., glos. 42. Qué dirémos, si la cláusula del testamento hubiese sido concebida en esta forma : *pagadas todas las mandas* etc., ó *satisfechas en su totalidad las mandas?* Parece que debe considerarse prohibida la falcidia, cual si el testador hubiese dicho *integramente pagadas ;* y esta es, al parecer, la opinion de Paul. de Castr. en d. auth. *sed cum testator,* opinion que admitirémos sin dificultad en el supuesto que se hubiese dicho *pagadas en su totalidad ;* pero hay lugar á duda, si la cláusula dijere simplemente *satisfechos todos los legados*, pues que tenemos lo mismo que si se dijese *pagados los legados*, dado que lo indefinido equivale á lo universal, l. 44. D. *de leg.* 2. y sus semej. Ang. en d. l. 3. §. 2. es el único que decide esta cuestion, inclinándose á que parece tambien en semejante caso prohibida la falcidia, atendido que el heredero debe darse por satisfecho con lo que se le deja ; mas esta razon milita tambien cuando el testador dijere simplemente *pagados los legados*, sin añadir *todos.* Medítese este punto : por la primera decision militan la l. 14. §. ult., la l. 15 y la 45. D. *ad Trebell.*, donde se declara que, aun cuando el testador dispusiere, que se restituyan todos sus bienes, ó toda la herencia, podrá detraerse la Trebeliánica ; y vienen en apoyo de lo mismo el cap. *Raynaldus*, al fin, *de testam.* y allí Abb., cuyo testo quiere que, aun en el caso propuesto se saque la Trebeliánica contra la tácita voluntad del testador: de la misma suerte opina Socin., cons. 14., col. ult. y cons. 33. cuest. 4. col. penult. y

en tal manera, que la non pudiessen vender (33), nin enajenar, mas que siempre fincasse a el,

ult., fundándose en el cit. cap., y en particular en el cit. cons. 33., prueba con varias razones que es menester la prohibicion esplícita, es decir, que no se admitirán conjeturas ó inducciones, aunque se apoyen en hechos, cual el de haber dispuesto el testador que se restituyeran íntegramente sus bienes. Con todo adviértase que Alex. cons. 5. vol. 3. col. ult. admite esas conjeturas, apoyándose en lo anotado por Bald. en la l. 15. D. *de vulg. et pupill.*, cuando trata de la sustitucion compendiosa hecha por medio de palabras generales; ademas aduce varias razones y contesta á las ll. alegadas por Socin. Nos inclinamos mas á esta opinion, porque lo tácito se equipara á lo espreso en el derecho, l. 20. pr. D. *de oper. nov. nunciat.* y allí Bart. y otros, el mismo Socin., cons. 127., vol. 3. col. antepenult. y Dec. cons. 389. col. ult. Ahora, si el testador añadiere á la indicada cláusula de costumbre, y el heredero *nada mas pida*, se entenderá indudablemente prohibida la falcidia, segun Bald. en la l. 19. C. *de jur. dot.* Adviértase, que no se considerará prohibida, porqué el testador haya dicho que lo dejado al heredero importaba tanto, como dicha cuarta; en efecto, si no fuere asi, se presumirá que el testador padeció equivocacion, l. 15. D. *ad leg. falcid.* y allí Bart., Ang., Paul. y DD. Nótese que tambien por derecho comun se deberán los legados sin necesidad de la adicion, cuando el testador prohibiere la detraccion dicha, nov. 1. cap. 2. y allí Jacob. de Bellovis. y Bald. en la l. 24. C. *famil. ercis.*, col. 12.: añade allí el mismo D. que no puede prohibirse la detraccion á que alguno tenga derecho en virtud de costumbre ó estatuto especial, arg. cap. *Raynutius, de testam.* Podrá tambien prohibirse la detraccion de la Trebeliánica? Hallamos sobre este punto diversidad de pareceres, hasta en la misma Glos.: en efecto, esta en d. auth. *sed cum testator* opina que no puede prohibirse; mientras que la Glos. en la nov. 1. cap. 2. §. 2. sostiene la eficacia de la prohibicion: esta opinion es la mas general, como reconoce Jas. en la l. 3. pr. D. *ad Trebell.* n. 45. y Alex. cons. 67. vol. 1. y cons. 5. vol. 3., y sostiénela Bart. en la l. cit. En la l. ult. de este tit. verémos si cabe esta prohibicion respecto de los hijos de primer grado gravados de restitucion.

(33) Concuerda con la nov. 119., §. ult. y con la auth. *sed in ea*, C. *ad leg. falcid.* Asi pues, si uno funda mayorazgo de sus bienes y prohibe su enagenacion, el primer llamado no podrá detraer la falcidia ni la trebeliánica, Bald. en d. auth. De aqui puede argüirse, que tampoco tendrá lugar la prescripcion de los bienes de mayorazgo, pues que es una especie de enagenacion: traté ese punto latamente en la l. 10. tit. 25. Part. 4.

Puede tambien por aqui argüirse que los bienes del mayorazgo no serán jamás confiscados por delito del poseedor: es notable en la materia la l. 12. D. *de fideicom. libert.* y allí Bart.; véase sobre la misma l. Alex., cons. 23. vol. 1.: añád. l. 3. D. *de interd. et releg.*, Cyn. en la l. 2. C. *de libert. et eor. liber.*, Salic. en la l. 20. C. *de Episc. et cleric.*, l. 24. C. *de donat. int. vir. et uxor.* l. 48. §. 1. D. *de jur. fisc.* y l. 8. §. 14. D. *de inoff. testam.* Tiene tambien lugar lo dicho, aunque el crímen sea de lesa magestad, l. 9. D. *ad leg. Jul. majest.* y allí Ang., de cuya ley resulta que el fisco se apodera únicamente de aquello que podria pasar á un heredero estraño: lo mismo dice Bald. en el §. ult. *quæ sit prima causa beneficii amittendi*, y en el §. *insuper*, *de prohibit. feud. alienat. per Freder.*, donde sostiene que, perdiéndose el feudo, por haberse faltado para con el Señor, no se perderán aquellos bienes que adquiridos por derecho de sangre, deben despues adquirirse por otros de la misma suerte: vienen en apoyo de esto el psalm. 88. vers. 1. y el psalm. 131. vers. 1.; en efecto, habiendo prometido Dios el reino á los descendientes de David perpetuamente, guardó su promesa, por mas que algunos de ellos cayeron en el crímen de lesa magestad, entregándose á la idolatría, y sin embargo de que algunas veces ha revocado Dios sus promesas por causa de pecado, Math. cap. 1. y allí Nicol. de Lira, añad. cap. 3. *ad Roman.*, cuando dice, *quid enim, si quidam illorum non crediderunt* etc., y allí Nicol. de Lira. Puede pues el poseedor de un mayorazgo oponerse á que el fisco se incorpore de los bienes del mismo, l. 3. C. *qui bon. ced. poss.* y l. ult. C. *de bon. vac.* y allí Bald. No obstante, estará en su derecho el fisco apoderándose de los frutos durante la vida del poseedor delincuente, d. l. 48. §. 1.; á no ser que en el acto de la investidura del feudo, ó de la fundacion del mayorazgo, se hubiese prevenido que en caso de confiscacion pasara inmediatamente el feudo ó mayorazgo al sucesor inmediato: esto, si la disposicion se hizo con licencia real, ó en testamento; para el caso que se haga de otra suerte, véanse la Glos. y Bart. en la l. 38. D. *de acquir. poss.*: véase tambien sobre esta materia Alex. en el cit. cons. 23. En el supuesto que, atendido el carácter del mayorazgo, tenga lugar la confiscacion, parece que el Rey adquirirá los bienes como libres, y no en calidad de amayo-

razgados; pues que cambiándose la persona, se cambia tambien la condicion de la cosa, l. 1. §. 22. D. *de collat. bonor.*, junto con la Glos., Bald. en la l. 2. pr. D. *solut. matrim.* y en la l. 2. C. *de jur. fisc.*, Bart. en la ley *fiscus*, C. d. tit., l. ult. C. *de usur. fiscal.* y l. 78. §. 2. D. *de jur. dot.*: infiérese de aqui, que si despues el Rey hiciere donacion del todo, ó parte de los bienes confiscados, al hijo del delincuente, este los poseerá no como pertenecientes al antiguo mayorazgo, sino como nuevo mayorazgo, dado que el Rey hubiese querido fundarlo, ó que resultare de la naturaleza de los bienes, por ej., por tratarse de un ducado ó condado: parece venir en apoyo de esto la l. 32. D. *de bon. libert.*, y asiéntalo Bald. en el §. *insuper*, *de prohib. feud. alien. per Freder.*, cuest. ult.; v. Luis de Goza, cons. 46. n. 16. y Juan de Plat. en la l. 1. al fin, C. *de impon. lucr. descript.*, fundado en el mismo texto.

Supóngase que el padre al fundar el mayorazgo hubiese dispuesto que, volvieran á él los bienes si el hijo cometia delito que diere lugar á la confiscacion; añádase ahora, que habiéndose cometido ese delito por el hijo, le indultó el Príncipe al efecto de serle devueltos dichos bienes; ¿podrá en este caso el padre imponer de nuevo, gravámen ó condicion en el mayorazgo? Parece que no, segun la doctrina de Bart. en la l. 40. D. *solut. matrim.*, col. 6.

En el supuesto que no tenga lugar la confiscacion del mayorazgo, lo recuperará el que por causa de delito habia sido privado de él, si el Príncipe le indulta? Parece que el indulto no producirá este efecto, si la condena se habia verificado; pues que no puede causarse perjuicio al siguiente en grado, que á causa del delito del antecesor adquirió legítimamente el mayorazgo, Bald. en el cap. 1., *hic finitur lex*, *deinde consuet. reg. incip.*, col. ult. cuest. ult. Lo mismo tendrémos, aunque no hubiese tenido lugar la condena, si la confiscacion se verificó *ipso jure*, porque media la misma adquisicion de derecho de parte del tercero. Ahora, si el indulto se concediese antes de la sentencia, y la confiscacion no fuese de las que operan *ipso jure*, entonces surtirá efecto respecto de los bienes. Colígese esta distincion de lo que dice Bald. en d. cap. 1. §. *insuper*; véase al mismo en el cap. único, *quid jur. si post. alienat. vas. feud. recup.* Cuando en la escritura de fundacion del mayorazgo no se halla prevenido el caso de confiscacion, esta se limitará, como llevo dicho, al usufructo, durante la vida del poseedor delincuente; y entónces, si este fuere indultado, con la cláusula de restitucion de bienes, recobrará el mayorazgo juntamente con los frutos, segun Bald. en d. cap. 1. *hic fin. lex.*, col. ult.; y la restitucion se entiende hecha de manera que los bienes sigan con el mismo carácter de amayorazgados, arg. l. 3. §. 7. D. *de bon. libert.* y ll. 2. y 3. D. *de sentent. pass.* Esto debe entenderse bajo el supuesto que el Príncipe no haya hecho ya donacion del usufructo; de otra suerte la restitucion no lo comprendiera, segun Bald. lug. cit., col. penult.; empero, véanse Alex. y los modernos en la l. 29. §. 1. D. *de liber. et posth.*, Bart. en la l. 5. C. *de fid. instrum. et jur. hast. fiscal.*, Cardin. é Imol. en el cap. *quia diligentia*, *de electione*, Felin. en el cap. ún. *de constituto*, col. 4., y en el cap. *inter quatuor*, *de major. et obed.*, Abb. en el cap. 1. *de paroch.* y particularmente Socin., cons. 266., col. 19. y siguientes. Hoy dia en los permisos reales para mayorazgos se suelen esceptuar los crímenes de lesa magestad, heregía y sodomía, previniendo que por cualquiera de ellos se confiscarán los bienes del mayorazgo: esto parece deberá observarse sin dificultad, en aquellos mayorazgos, para cuya fundacion fue la licencia real indispensable; porque derivando su fuerza del consentimiento del Príncipe, este fue árbitro de imponer las condiciones de que se trata. Empero, si el mayorazgo es tal que pudo crearse por la sola voluntad del fundador, ya porque este no tenia personas á quienes debiese la legítima, ya por haberse limitado al tercio y quinto; no quedará sujeto á confiscacion, aunque cualquiera de los poseedores cometa uno de los crímenes indicados: no importa el que accediera la autorizacion real, porque en caso de duda se entiende que el fundador no quiso sujetarse á los términos de la autorizacion dicha, y que su intencion fue no renunciar á la facultad que le atribuyen las leyes generales, segun las que el mayorazgo debe subsistir en el caso de que se trata; en una palabra, se presume que quiso disponer del mejor modo que pudiese el mayorazgo tener efecto, Bald. en la l. 24. C. *de Episc. et cleric.*, col. ult., vers. *ultimò quæritur circa hoc*, y en la l. 3. D. *quod fals. tut. auct.*, junto con el mismo testo. En general, el acto que puede ejercerse en virtud de doble derecho, se sostendrá por aquel, en virtud del cual puede tener efecto, cap. *nisi essent*, *de præbend.* y allí Abb. 2. notab.; y dice el cit. D. fundado en el mismo cap., en el §. 1. *de leg. corrad.*, col. pen., que si las partes eligieron por árbitro el juez delegado, no se entenderá que este haya renunciado á su primitivo carácter; así es que la sentencia podrá sostenerse, parte en la delegacion y parte en el compromiso. En todo caso los actos se entienden ejercidos, en virtud de la facultad ó derecho que puede atribuirles mayor

fuerza, l. 3. D. *de testam. milit.* y Abb. en el cap. *quod sicut*, *de elect.*, fundado en el mismo cap. y en la cit l. 3. Lo propio en sustancia dicen Bald. en la l. 9. C. *de impub. et al. substit.*, col. 7., é Inoc. en el cap. *cum ex officii*, *de præscript.*; pero aun pasa mas adelante el último, afirmando que, si uno que tuviese jurisdiccion ordinaria creyese equivocadamente tenerla tambien delegada, y protestare querer únicamente hacer uso de la última; no obstante, los actos que ejerciere se sostendrán en virtud de la primera; pues que se considera mas firme lo obrado en virtud del derecho comun, que lo que se ejecuta en fuerza del derecho especial, l. 34. §. 1. D. *de testam. milit.* y nov. 7. cap. 9.; y de consiguiente en caso de duda se presume que se procedió en virtud del primero, ll. 3. y 6. C. *de testam. milit.*: de ahí es que dice Feder. de Sen., cons. 125., que si uno puede juzgar como ordinario y en calidad de delegado, se entiende en caso de duda que hizo uso de la jurisdiccion de la primera clase. Sin embargo de lo dicho, creo conveniente, á fin de evitar toda duda, que el fundador del mayorazgo esprese que quiere disponer en la mejor forma y del mejor modo que pueda tener efecto la fundacion, protestando que quiere hacer uso de las facultades que le atribuye el derecho comun. Viene tambien en apoyo de lo que llevamos espuesto, la l. 13. D. *de instit.*, partiendo de la cual, dice Bald. en d. l., y en la l. 9. C. *de furt.*, que si contratare contigo, fundándome en un poder que creia tenias, se sostendrá el contrato, por mas que el poder sea nulo, si existia otro que fuese válido: lo mismo concluye Bart. en su disput. que empieza *adunantia generalis*, y toca este punto de paso en la l. 4. D. *de decret. ab ord. fac.*

Supóngase confiscado el mayorazgo por causa del crímen de lesa magestad; ¿el delincuente estará tenido de eviccion al sucesor inmediato? Asi parece, por lo que dice Bald. en el §. *rursùs*, *quib. mod. feud. amittt*, vers. *sed quæritur utrum auctor*.

Llevamos dicho que el crímen del poseedor no priva de su derecho al sucesor inmediato: empero, qué dirémos si este sucesor fuese hijo del delincuente? En la l. 2. tit. 2. Part. 7. trataré de los hijos concebidos antes y despues del delito, y de la inteligencia de la l. 5. C. *ad leg. Jul. majest.* y de la l. 6. tit. 27. Part. 2. En el caso que, en virtud de las cláusulas de la autorizacion resulte confiscado el mayorazgo, ó el usufructo del mismo, por haber delinquido el poseedor; parece conveniente que el Rey conceda el mayorazgo al sucesor inmediato, si este cumplió con sus deberes; pues que, no tanto deben atenderse las faltas del padre como las virtudes del hijo, l. 3. §. 5. D. *de bon. poss. contr. tab.*; y hace al propósito lo que dice Bald. en el cap. 1., *quib. mod. feud. amitt.*, col. 3., á saber, que si de dos hermanos el uno abandona el Señor y el otro le defiende, la falta del primero se hace escusable con el comportamiento del segundo, en virtud de la relacion íntima que media entre las personas por el parentesco y respecto del feudo.

Qué dirémos si un castillo ó villa de mayorazgo, se confisca en virtud de la l. 22. tit. 13. Part. 2.? Véase d. l. y lo que allí dije. Viene la ley en apoyo de lo anotado por Bald. en la auth. *præterea*, C. *unde vir et uxor*, col. 2. vers. *ulterius etiam*. Adviértase que mediando la prohibicion de enagenar, no puede contravenirse á ella ni directa, ni indirectamente, ya sea por contrato ó cuasi-contrato, ya de otra suerte, l. 135. §. 3. D. *de verb. oblig.* y allí la Glos. y añad. Bald. en la l. 1. C. *de inoff. dot.*

Pasemos á otra cuestion. La auth. *res quæ*, C. *comm. de legat.*, autoriza la enagenacion de las cosas sujetas á fideicomiso, cuando se trate de constitucion de adote, y la porcion legítima no alcance para este objeto: pregúntase ahora, si esta disposicion será tambien aplicable al caso que concurra la prohibicion espresa de enagenar. Trata latamente esa cuestion Jas. en d. auth. col. 7. y 8. y asegura que la opinion general está por la afirmativa, si bien Bald. asienta lo contrario en el §. *donare*, *qualit. ol. feud. alien. poss.*: Palac. Rub. en la repet. al cap. *per vestras*, *de donat. int. vir. et uxor.*, col. 55. y sig. se adhiere á dicha opinion general. Empero parece favorecer la de Bald. nuestra l. de Part., pues que, quedando en virtud de la misma prohibida la enagenacion que deriva de disposicion legal, es claro que tambien lo será la que se intente por causa de adote, por mas que el gravámen de dotar á las hijas descienda de la ley, segun las ll. 19. D. *de rit. nupt.* y 8. tit. 11. Part. 4. Se dirá tal vez que esta ley no obsta; porque no hay paridad de razon, atendido que el testador puede prohibir la detraccion de la falcidia, al paso que no le caben facultades para eximir de la obligacion de dotar á las hijas; y de consiguiente, si bien de la prohibicion de enagenar puede inferirse la prohibicion de detraer la falcidia, no procederá el argumento de esta á la dote, por ser un gravámen de que el testador no puede librarse ni librar á otro. Empero, aun podria replicarse que al testador le caben facultades para disponer espresamente que, ni por causa de dote se enagenen los bienes sujetos á restitucion, como dice Alex. cons. 56., vol. 1. y cons. 23. vol. 2.; si bien es preciso

confesar que el cit. D. nada alega en apoyo de su aserto : citan esta decision Ambr. en la l. 114. §. 14. D. *de leg.* 1. y Jas. en d. auth.; y en corroboracion de la misma, dice Palac. Rub., lug. arriba cit., que así como puede prohibirse que los bienes se trasmitan á manos muertas (como dicen Bald. en el cap. *clerici, de jud.*, col. 2., en el cap. *quæ in Ecclesiarum, de constit.*, col. 3., Felin. en d. cap., Bald. y otros en la l. 3. C. *de condict. ob caus.* y los DD. en la l. 35. §. 3. D. *de verb. oblig.*) parece que tambien debe tener efecto la prohibicion de enagenar, aunque sea por causa de dote. Aun cuando adoptemos este parecer, no creo que esto sea apartarse de la opinion comun; porque una cosa es la prohibicion general de enagenar, y otra la prohibicion de enagenar, aunque sea por causa de dote. Sin embargo, esta prohibicion no tendrá efecto, si quien la dictó era el mismo que estaba obligado á dotar, como dicen Bart. en la cit. l. 114. §. 14. cuest. 2., Palac. Rub., lug. arriba cit. col. 65. y v. ll. 9. D. *de fideicom. libert.* y 69. §. 1. D. *de leg.* 2.; y no importa que el padre, durante su vida, no hubiese dado ní prometido adote alguno á la hija gravada de restitucion, Jas. en d. auth. *res quæ*, col ult., vers. 13. *limitā*, Palac. Rub., lug. arriba cit., col. 66. y Dec. cons. 376., diga lo que quiera Ang. en la nov. 39., en la glos. que empieza *sed nonne*, pues que parece terminante la l. 22. §. 4. D. *ad Trebell.* No obstante, en nuestro reino, si la hija sucediese al mayorazgo creado por su padre, con la prohibicion de enagenar, no podrá verificarlo para sacar su adote, aun cuando no se hubiese espresado que ni por esta causa la enagenacion se autorizaba : en efecto, ni en d. l. 22. §. 4., ni en la cit. auth. *res quæ*, se trata de la hija gravada de restitucion á favor de sus hijos; sino que el fideicomiso es para el caso que la hija falleciere sin hijos; así pues, estos se hallan puestos en condicion y no en la disposicion, segun la glos. mas recibida en la l. 85. D. *de hæred. instit.*, y de consiguiente en el caso de d. §. 4., si la muger no diera en dote los bienes del fideicomiso, podria disponer libremente de los frutos, como de bienes parafernales, segun lo anotado en las ll. penult. D. *ad leg. falcid.*, 8. C. *de pact. convent.*, y 7. D. *de jur. dot.* : este era un grave obstáculo para el matrimonio, y á quitarlo se dirigieron la cit. l. 22. y d. auth., disponiendo que de los bienes del fideicomiso pudiese constituirse la dote. Emperò en nuestro reino el marido tiene la administracion de los bienes de la muger aunque no sean dotales, y hace suyos los frutos, cual los de la dote; mejor, todos los frutos son comunes al marido y á la muger, sean cuales fueren los bienes de donde procedan, y ademas, esta no puede disponer de sus cosas sin el consentimiento del marido, sean ó no dotales. Así pues, nada le importa al marido que de los bienes de la muger se constituya ó no alguna parte en dote: el resultado es siempre igual; de ahí es que los maridos no ponen ningun empeño en la constitucion de adote; al contrario prefieren recibir sin ese carácter los bienes de su muger, porque de esta suerte cargan con menos responsabilidad. Cesa, pues, en nuestro reino la causa inductiva de las cit. ll. Hay mas: la misma l. 22. §. 4. D. *ad Trebell.*, nos da pie para esta induccion, cuando dice, *quod si tantos fructus ex hereditate mulier percepit, ut inde potuerit doti satisfieri* etc.; en efecto, si cuando los frutos bastan para la constitucion de adote, no cabe sacarla del fideicomiso, parece consiguiente que surtiendo igual efecto respecto del marido, el que la muger lleve adote ó que aporte á la sociedad conyugal un patrimonio amayorazgado; parece, digo, que no tendrá lugar por dicha causa de adote la disminucion del mayorazgo: hace tambien al propósito el cap. *nuper*, *de donat. int. vir. et uxor.*

Ahora, si no se tratase de dotar á la hija, á la que cupo el mayorazgo, y sí de otros descendientes del fundador, la cuestion es algo distinta. La duda está sobre todo, cuando tales descendientes hubiesen nacido despues de la muerte de aquel : Paul. de Castr. en d. l. 22. §. 4. opina al parecer que tambien deberán ser dotados de los bienes del mayorazgo; dice allí, que la cit. l. 22. §. 4. disponia únicamente acerca la hija gravada de restitucion; pero que por la cit. auth. *res quæ*, como se deduce de la palabra general *liberis*, se estendió la disposicion de aquella ley á los nietos, biznietos y demas descendientes por línea masculina; atendido que sobre el fundador pesara el gravámen de dotar á esas personas, si hubiese vivido, l. 6. D. *de collat. bonor.* y l. 8. tit. 11. Part. 4.; así es que, debemos presumir, segun el mismo Paul., que el fundador quiso que el sucesor cumpliese con las obligaciones que sobre él pesaran, si viviera, arg. l. 82. D. *de condit. et demonstr.* Empero, esto no tendria lugar en los descendientes por línea femenina, porque el gravámen de dotarlos pesa sobre sus ascendientes paternos. Dudo mucho de esta decision de Paul., y me inclino mas al parecer opuesto. En primer lugar separo el caso indudable, á saber, cuando el fundador del mayorazgo hubiese prohibido la enagenacion, aunque fuera por causa de dote; pues entonces la disposicion debe cumplirse, como llevo dicho, y ademas se deduce de la razon fundamental del mismo Paul.,

que es la presunta voluntad del fundador; razon que no cabe cuando la voluntad es espresamente contraria á toda enagenacion. Siendo general la prohibicion, parécenos, que tampoco deberá permitirse enagenar los bienes del mayorazgo, para dotar los descendientes que hubiesen nacido despues de la muerte del fundador: no es presumible que este consintiera en que se distrajeran dichos bienes para llenar obligaciones que en él no pesaron, arg. l. 25. D. *de probat.* y segun dice Bald. en la l. 1. C. *ad Trebell.* no se presume donacion cuando puede suponerse otra cosa; á mas de que, admitida esa conjetura, á favor de todos los descendientes, la duracion de los mayorazgos era muy corta; y esto indudablemente contra la intencion del fundador, el cual se propuso que los bienes se conserváran íntegros perpetuamente en la familia. Por fin, la *l. cum servus*, alegada por Paul. nada prueba en esta materia: al contrario, la presuncion que allí se concibe tiene por objeto la conservacion de los bienes, en virtud de la dacion de cuentas. Es aun menos cuestionable este punto en nuestro reino, atendida la l. de Toro, en virtud de la cual el hijo sale de la patria potestad mediante el matrimonio, y de consiguiente no pesa sobre el abuelo la obligacion de dotar á la nieta. Añádase la l. 1. §. 8. D. *unde cognat.*, donde se lee, *nam si post mortem*, *neque obstabit alii*, *neque ipse admittetur*, *quia non fuit proximior cognatus ei quo vivo nondum animal fuerit;* y ademas la l. 1. §. 8. D. *de suis et legitim. hæred.* y otras semejantes. Ademas la razon fundamental de la cit. auth. *res quæ*, consiste, segun Paul. de Castr. cons. 80. vol. 1. en que siendo obligacion del padre el dotar á la hija, no puede permitirse que haga ineficaz semejante obligacion, ya sea mediante fideicomiso, ya sea prohibiendo la enagenacion de los bienes, pues que no debe dejarse á la mano del deudor el eludir el pago de la deuda, l. 5. C. *de action. et oblig.*: ahora bien, cesando esta razon respecto de los descendientes que nacieron despues de la muerte del fundador del mayorazgo, es consiguiente que entonces deje de tener aplicacion la ley. El mismo Paul. de Castr. en d. cons. parece limitar la interpretacion que habia dado á los citados testos, al supuesto que la prohibicion de enagenar fuese tácita y no espresa. Se dirá tal vez que, segun esto nada nuevo dispuso la cit. auth.: empero á esto contestarémos que sin ella, la hija ó nieta solo podia reclamar la legítima, la que podia no ser bastante para la dote correspondiente á la posicion social de la familia, circunstancia á la que entre otras debe atenderse, l. 43. D. *de leg.* 3. y la Glos. á la l. 8. tit. 4. Part. 5.; mientras que, en virtud de la cit. auth. queda espedito el derecho para la deduccion de la dote, aunque sea en cantidad superior á la legítima. Podria tambien decirse que, en fuerza de la cit. auth., la prohibicion tácita de enagenar resultante del fideicomiso, no obstará para que se enagenen los bienes que sea menester al efecto de dotar, aunque se trate de descendientes que nacieron despues de la muerte del testador. Empero yo no hallo diferencia entre la prohibicion espresa y la tácita; asi es que prefiero la primera interpretacion. Viene en confirmacion de lo dicho lo que se observa en los feudos, cuya naturaleza tiene grande afinidad con la de los mayorazgos, de modo que procede el argumento de los unos á los otros, segun Bald. en la l. 19. C. *de jur. deliber.* y Socin. cons. 47. vol. 3.: en efecto observamos en los feudos que no es permitido darlos en dote, §. *donare*, *qualit. ol. feud. alien. pess.*; y fundado en ese testo decia allí Bald. que la auth. *res quæ*, no es aplicable á las cosas feudales, y añade que en los casos en que es permitido darlas en dote, el acto solo tiene efecto, durante la vida del vasallo, segun Inoc. y los DD. en d. cap. *nuper*; de modo que, despues de su muerte, el feudo pasará íntegro al sucesor que corresponda, segun el tenor de la investidura; asi opinan los cit. DD., y Felin. en el cap. *quæ in Ecclesiar.*, *de constit.*, col. 29. De ahí es que vemos á cada paso que se solicita licencia real para dotar á las hijas con los bienes de mayorazgo, y al efecto de hipotecarlos para la restitucion de dote; dando por supuesto con esta práctica que la autorizacion del Príncipe es de todo punto indispensable; pues que superflua seria para ejercer un acto que fuese de derecho comun, l. 2. C. *quib. non objic. long. tem. præser.* y l. 1. C. *de thesaur.* y otras semejantes.

No pondré en duda la facultad del Príncipe en este punto, á pesar de que semejantes autorizaciones vengan á destruir los mayorazgos, como manifiesta Alex., cons. 2., vol. 1. y cons. 94., donde al fin dice, que se habia juzgado de acuerdo con su parecer: no obstante aconsejara á los miembros del Consejo Real que rara vez, y tan solo en virtud de graves motivos consientan en dar su asentimiento á demandas de esta naturaleza; pues que de otra suerte tendria tal vez derecho la parte perjudicada para reclamar los perjuicios que le causaren, Bald. de acuerdo con la Glos. en el §. ult. *de pac. jur. confir.*, col. 5. y l. 31. tit. 18. Part. 3., y v. Pedr. de Anch. en la reg. *possessor*, *de Reg. jur.*, libr. 6., col. 17. vers. 5. *quero*: y el mismo Príncipe en igual caso no obrará con justicia, á menos que compensara de algun modo al sucesor perjudicado, Inoc. en el cap. *nisi cum*

pridem, de renunc., col. 2., vers. *nos credimus*; y ni el que enagena, ni el que adquiere los bienes de que se trata pueden quedar con la conciencia tranquila, segun la Glos. en el cap. *non est, de vot.* Ademas parece que faltan á su deber los padres que en perjuicio de los hijos que tienen bajo su poder y que son llamados al mayorazgo, solicitan semejantes autorizaciones, arg. l. 18. §. 8. D. *de jur. fisc.* Agréguese que la pública utilidad las resiste, pues que el bien del estado exige la conservacion de los bienes en familias nobles, l. 1. §. 13. D. *de ventr. inspic.* y Juan Andr., adic. al Spec., tit. *de success. ab intest.* : en efecto por medio de las riquezas se conserva el honor de las familias, nov. 90. cap. 1. : asi como un Imperio se destruye con la division, §. *præterea ducatus*, *de prohibit. feud. alien. per Freder.*, de la misma suerte desaparecen los patrimonios, Socin. cons. 47., vol. 1. col, 2., y en las familias nobles, antes que la division del patrimonio, es preferible la dispersion de los demas hijos, segun Abb. citando á S. Bernard. en el cap. *licet, de vot.* En fin, no deben concederse los rescriptos contrarios á la pública utilidad y en daño de los sucesores al mayorazgo, l. 7. C. *de prec. imper. ofer.*, l. ult. C. *si contr. jus vel utilit. publ.*, cap. *rescripta* y cap. *dicenti*, §. *omnes*, 25. q. 2.

Supóngase que el padre por carecer de bienes libres alcanzó autorizacion para enagenar alguna finca de mayorazgo al efecto de dotar á su hija; y que despues vino á mayor fortuna : deberá dotar con los bienes adquiridos, restituyendo al mayorazgo la finca enagenada? Parece que no, segun lo anotado por la Glos. en d. auth. *res quæ* y en la nov. de donde deriva, pruébalo d. l. 22. §. 4. y hace al propósito lo anotado por la Glos. en la l. 29. C. *de jur. dot.* y por Bart. en l. 24. pr. D. *solut. matrim.* Empero, arguye lo contrario lo anotado por Inoc. en el cap. *quia plerique*, *de immun. Eccles.* y lo que dice Socin., cons. 164. vol. 2., á saber, que si el Príncipe quita cierta cosa á alguno, en virtud de una causa antigua subsistente, tendrá lugar la restitucion si la causa cesa : ademas tenemos que el que viene á mejor fortuna pierde el privilegio de la pobreza; l. 17. §. 2. D. *de excus. tut.*, l. 4. §. 1. D. *de muner. et honor.*, l. 10. §. 3. D. *de vacat. muner.* y l. 87. §. 1. D. *de leg.* 2. Conviene con esto al parecer Bald. en d. l. 24., donde dice, que si sobreviene un hecho que hubiera impedido la celebracion del acto, y tiende á lo mismo que dicho acto celebrado, no impedirá sus efectos, l. 5. D. *ad leg. falc.*; empero, añade, si tiende á un efecto distinto, desaparece lo obrado, l. 4. §. 1. D. *de muner. et honor.* junto con otras semejantes : ahora bien, en nuestro caso las riquezas nuevamente adquiridas tienden á un efecto contrario del acto de que se trata, es decir, el permiso para enagenar. Sin embargo enagenada en virtud del mismo alguna cosa de mayorazgo al efecto de dotar, parece que no se rescindirá la enagenacion, aun cuando mejore de fortuna el dotante, regl. *factum legitimè*, *de reg. jur.*, lib. 6. : no debe invalidarse un acto legítimamente celebrado por mas que haya desaparecido su causa, l. 98. §. 8. D. *de solut.*, l. 25. C. *de admin. tut.* y Alex. en d. l. 24 D. *solut. matrim.* Tal vez en el caso propuesto el padre deberá subrogar en el mayorazgo una finca equivalente á la que enagenó; y muy acertado fuera que asi se previniese en el acto de conceder la autorizacion real. Adviértase que no es cierto indistintamente lo que dice Inoc. lug. arriba cit., y de otra parte Socin. en d. consil. no refirió con exactitud la opinion de aquel.

Si la enagenacion ejecutada con autorizacion real se disolviere de consentimiento de las partes, parece que la cosa volverá al mayorazgo, arg. l. 10. D. *quib. mod. pign. vel hipot. solv.*; v. l. 8. §. 6. d. tit., el cap. ult. 33. q. 2. y la glos. en el cap. *nuptiarum*, 27. q. 1.

En el supuesto que con igual autorizacion se hubiese separado del mayorazgo alguna finca y que despues hubiese vuelto al dominio del poseedor de aquel; parece que la tendrá como libre, y de consiguiente sin una nueva autorizacion no podrá amayorazgarla en perjuicio de las legítimas, arg. d. l. 8. §. 6. y l. 65. §. 2. D. *de leg.* 1. : añádase lo que dije al principio de esta glos.

Aviértase que el jugarse una cosa del mayorazgo equivale á enagenarla; asi pues el que tal hace incurrirá en la pena del que enagena, glos. en la l. 3. §. 13. D. *de re milit.* Qué dirémos, si el poseedor diere en prenda una cosa de mayorazgo por una cantidad perdida en el juego, siendo esta tal que no haya esperanza de luicion? V. l. 101. D. *de leg.* 3. y Bald. en el §. *aut si libellario*, *quib. mod. feud. amitt.*

Adviértase que falleciendo el poseedor del mayorazgo antes que hiciera uso de la autorizacion para enagenar, no podrá valerse de ella el sucesor; Bald. en el §. *Marchio, de his qui feud. dar. poss.*, col. 1. vers. *pone concessum est privilegium.*

Adviértase tambien que si el poseedor autorizado para la enagenacion, compra él mismo la cosa por interpuesta persona, podrá el sucesor vindicarla, arg. l. 91. D. *de acquir. hæred.* y añad. Bald. en la l. 3. C. *de execunt. rei jud.* col. 2. vers. *quæro data est potestas.*

Si el precio de la finca de mayorazgo que se ha vendido en virtud de autorizacion se invirtiere por el poseedor en otro inmueble,

parece que este entrará á formar parte del mayorazgo, atendido que el precio se obtuvo en virtud de causa lucrativa, Bald. en el cap. 1. *de feud. non hab. prop. nat. feud.*, vers. *numquid pretium.*

Qué dirémos, si alcanzó permiso para vender el que antes habia jurado no enagenar, y ocultó al Príncipe esta circunstancia? Parece que aun procederá la enagenacion, segun se infiere de lo que dice Bald. en el cit. cap. 1. pr. *de his qui feud. dar. poss.*, vers. *et circa hoc quæro si Prelatus juravit*, citando á Juan Andr. en el art. *ut super*, donde decide lo propio respecto del Prelado que ocultando igual juramento alcanzó del Papa un permiso análogo. Sin embargo, parécenos que si el juramento se prestó á los futuros sucesores ó en su provecho, no procederá la enagenacion á pesar del permiso; lo que parece conforme con la opinion del mismo Juan Andr. en d. cap., donde conviene en que será nula la enagenacion en el caso que el Prelado hubiese jurado no enagenar sin licencia del metropolitano.

En virtud de la autorizacion para enagenar, el poseedor del mayorazgo no podrá vender ni hipotecar las cosas mas preciosas, antes que haya echado mano de las demas: entiéndese autorizado segun el arbitrio de buen varon, l. 5. §. 9. D. *de reb. eor.* y allí Bald. y Bart. en la l. 9. D. *de alim. et cib. leg.*

Concedida autorizacion para obligar por causa de dote las cosas de mayorazgo, parece que tambien podrán donarse y venderse para el mismo objeto, l. 7. §. 1. D. *de reb. eor.* y allí Bald. Empero el permiso para vender, no faculta para hipotecar, d. l. 7. §. 3., pues que debemos conformarnos al tenor de la autorizacion: añad. l. ult. C. *de præd. cur.* y la Glos. en la l. 22. D. *de reg. jur.*

Si la autorizacion se concedió alternativamente para hipotecar ó vender, parece que, elegido lo primero, no será permitido pasar despues á lo segundo, arg. l. 9. D. *de curat. fur.*: deberá tal vez esceptuarse el caso en que, mediante la obligacion de los bienes, no quedare satisfecha la necesidad que dió motivo al permiso.

Si el que legó una cosa perteneciente al mayorazgo que poseia, alcanzó despues autorizacion para enagenarla ¿convalecerá por esta circunstancia el legado? V. l. 44. pr. D. *de leg.* 1. y allí Bart. y Paul. de Castr.

Qué dirémos, si la autorizacion se concedió en perjuicio de un sucesor clérigo? Parece que, si era ya clérigo, cuando aquella se espidió, no le perjudica: porque, ó el Príncipe espresa que el clérigo no pueda impugnar la enagenacion, y entonces es nula la cláusula por defecto de poder; ó bien la prohibicion de contravenir es en términos generales, en cuyo caso no comprende lo que estaba fuera de la jurisdiccion del que autorizó.

El sucesor inmediato al mayorazgo, ó cualquier otro individuo de la familia, podrán impedir la enagenacion ofreciendo el precio de la cosa? Esto parece indudable; hace al propósito lo anotado por Bald. en el §. *denique*, *quæ fuit prim. caus. benef. amitt.*, vers. *item nota*; asi como la l. 122. §. 3. D. *de verb. oblig.*, la l. 8. §. 2. D. *de leg. præst.* y la l. 69. §. 3. D. *de leg.* 2. Ademas parece que en semejante caso tendrá lugar el retracto de sangre ó de abolengo.

Si el poseedor autorizado para enagenar por causa de dote, destinó á otro objeto el precio de las cosas vendidas, parece que podrán vindicarse por el sucesor inmediato, Bart. en la l. 15. §. 3. D. *de leg. præst.*; con todo véase lo que dije en la l. 24. tit. 3. Part. 5. y añad. l. 29. D. *de oper. libert.*, junto con la Glos. Si el precio estuviese íntegro, se empleará en utilidad del mayorazgo. Ahora, si la enagenacion hubiese sido nula, la finca pasará al primogénito y no á los herederos, l. 48. D. *de oper. libert.*

Supóngase que en virtud de la autorizacion para dotar, ó en general para enagenar, el poseedor lega á su hija una finca, con la condicion que restituya dicha finca ó el equivalente á su hermano, quien debia suceder al mayorazgo; añádase que al mayorazgo debian suceder únicamente los varones, y que en el caso propuesto, por haber premuerto el hermano debió pasar el mayorazgo á un pariente transversal: ¿podrá la hija en este caso escusar la restitucion, diciendo que es heredera de su hermano y que por esta causa queda cumplido el gravámen, ó bien deberá restituir la finca ó su equivalente al sucesor transversal? Lo último parece lo mas acertado, arg. l. 15. §. ult. D. *de leg. præst.*

En el caso que el poseedor hubiese alcanzado autorizacion para estraer del mayorazgo alguna finca en beneficio del hijo segundo y este falleciere antes de la aceptacion; parece que aquella volverá á formar parte del mayorazgo, arg. l. 9. D. *de castr. pec.* y ll. 14. y 19. §. 3. y sig. d. tit.: viene en apoyo de esto el que en virtud del permiso para vender á Ticio, no puede venderse á Seyo, segun Andr. de Isern. en el cap. *Imperialem*, *de prohib. feud. alien. per Freder.*, l. 66. D. *de contr. empt.* y Luc. de Penn. en la l. *si quantum*, al fin, C. *de bon. vac.*

El poseedor de mayorazgo que durante su vida no hace uso de la facultad que obtuvo para enagenar, podrá concederla á su hijo y sucesor? Parece que no, arg. l. 42. D. *de oper. lib.*, empero, obsta vivamente la l. 8. §. 16.

D. *quib. mod. pign. vel hipoth. solvit.*, donde tenemos que el que autorizó al deudor se entiende haber autorizado al heredero : véase Bart. en la l. 34. §. 2. D. *solut. matrim.*, el cual distingue entre el permiso por mera gracia y el que se concede en virtud de causa necesaria ; yo en el segundo caso subdistinguiria, atendiendo á si la necesidad subsistia ó no respecto del heredero : subsistiendo esta, por ej., la obligacion de dotar á la hermana, parece que quedará en pie la autorizacion, segun se deduce de Bart. en d. §. 2.

Si el fundador del mayorazgo se reservó la facultad de vender, donar, permutar, etc., podrá hacer uso de ella en testamento, aunque hubiesen transcurrido largos años? Parece que no, arg. l. 9. D. *si quis in fraud. patron.*; si bien es preciso convenir que esta ley no es muy acomodada al caso.

Adviértase que en toda autorizacion real para enagenar bienes de mayorazgo se sobrentiende que debe procederse con buena fe, Bart. en la l. 9. D. *de alim. et cib. leg.*, l. 1. §. penult. y l. 6. D. *si quid in fraud. patr.*

Qué dirémos, si el que obtuvo en general la autorizacion de que se trata, poseia dos mayorazgos uno de la línea paterna y otro de la línea materna, y vendió una finca del primero, creyendo pertenecer al segundo? Parece que á pesar de esto subsistirá la enagenacion, segun lo anotado por la Glos., Bart. y Juan de Plat. en la l. 1. C. *ne fisc. rem quam vend. evinc.* : mas no, si el permiso era respecto de un mayorazgo y vendió una finca de otro, Juan de Plat. lug. cit., tratando de las cosas de la iglesia, y añad. Bald. en d. l. y en el cap. 1. *de his qui feud. dar. poss.*, col 1. vers. *sed numquid superior.*

Si el poseedor de mayorazgo que enagenó en fuerza de autorizacion, recobra despues, mediante restitucion por entero, la finca enagenada ; esta volverá á incorporarse al mayorazgo, l. 2. §. 2. D. *de vulg. et pupill.* y allí Bart. al fin y l. 1. §. 10. D. *ad Tertyll.* Qué dirémos, si el poseedor obtiene el permiso para enagenar, no haciendo mérito de que sea menor de edad? Parece que la enagenacion será subsistente, si se ejecuta en fuerza de causa necesaria y con las solemnidades que la ley requiere para la enagenacion de cosas de menores ; pues que es de presumir que el Príncipe hubiera dado la autorizacion, existiendo dicha causa, aun cuando hubiese sido sabedor de la menor edad ; mas no faltando aquella, cap. *postulasti*, y cap. *sub litteris*, *de rescript.* Si el menor procediera á la enagenacion de bienes del mayorazgo, sin solicitar el permiso real, y prescindiendo de toda solemnidad, es evidente bajo todos aspectos la nulidad del acto ; empero convalecerá si el Príncipe lo confirma, porque la autoridad real suple toda suerte de solemnidades y requisitos, l. 3. C. *de vend. reb. civit.* y allí Juan de Plat., y véase la glosa magistral á la l. 10. tit. 26. Part. 4.

Pongamos otro caso. El que se hallaba autorizado para refundir un mayorazgo antiguo en otro nuevo, lo hizo, incluyendo parte de los bienes del primero y supliendo con bienes propios el valor de los del antiguo mayorazgo que no comprendió en el nuevo : se entenderá con esto que en uso de la facultad que se le concedió estrajo del mayorazgo los bienes del antiguo, de los que no hizo mencion? Asi parece arg. l. 21. C. *de procur.* junto con las concordantes citadas allí por la Glos. : y á la verdad no es presumible que el que se hallaba de esta suerte autorizado, quisiera gravar á sus herederos con doble mayorazgo, arg. l. 34. §. 5. D. *de leg.* 2. y allí la Glos. sobre las palabras *non est verisimile*, l. 74. D. *de leg.* 1. y l. 22. §. ult. D. *de alim. et cib. leg.* Obsta la l. 28. §. *testator*, D. *de liber. leg.*, en la que vemos que por haberse ordenado codicilo no se entiende que el testador se haya separado de lo dispuesto en el testamento, mientras en aquel no se encuentra cláusula alguna restrictiva : empero contéstese, que en el caso de la cit. l. se habia usado de las palabras *hoc amplius*, las que hacian indispensable la cláusula restrictiva para el indicado efecto. Hace tambien al propósito el que habiendo precedido licencia para quitar un antiguo mayorazgo, se interpreta á tenor de la misma el acto subsiguiente, l. 77. D. *de rei vindic.* y Bald. en d. l. y en el cap. ún. *quid juris, si post alienat. feud. vasall.*, 2. *notab.*, vers. *profectò.*

Si el padre obtuvo autorizacion real para permutar una cosa de mayorazgo, y falleció sin hacer uso de ella, pasará dicha facultad al hijo? Parece que no, arg. l. 39. §. 4. D. *de leg.* 1., l. 27. tit. 9. Part. 6. y l. 8. §. ult. D. *quib. mod. pign. vel hipoth. solv.* : empero esceptúese el caso que dicha facultad se concediera en utilidad del mismo mayorazgo, Bald. en el §. *Marchio, de his qui feud. dar. poss.*, vers. *pone concessum est per privilegium.* Adviértase que los bienes subrogados legítimamente en lugar de los que se han estraido del mayorazgo, quedan sujetos á los mismos gravámenes y condiciones que pesaban sobre los últimos : v. l. 32. §. 7. D. *de usufr. leg.* y allí Bart.

El que se halla autorizado para enagenar alguna cosa de mayorazgo caerá en la pena del que enagena sin permiso, si verificare la venta de la finca pasado un año, desde que obtuvo la autorizacion? Asi parece opinar Juan Fabr. en la l. ult. C. *de jur. emphit.*, adu-

ciendo el Spec. tit. *de locat.* vers. 98. y la l. 8. §. 6. D. *quib. mod. pign. vel hipoth. solv.*: y de esto inferia Palac. Rub. que el permiso real para crear mayorazgo espira pasado el año: hacen al propósito el cap. *plerumque* y el cap. *si autem*, *de rescript.* y la l. 35. tit. 18. Part. 3., cuyos testos, si bien hablan de los rescriptos en materia judicial, parece que pueden estenderse á las autorizaciones para mayorazgos, pues que deben considerarse odiosas lo mismo que aquellos rescriptos. Sin embargo, ni aun tales rescriptos finirán hasta que hayan transcurrido por lo menos diez años, segun la l. ult. D. *de nund.* y la l. 42. tit. 18. Part. 3.; y á la autoridad del Spec. contestarémos con Juan Andr. allí mismo en las adic., donde dice que semejantes rescriptos no tienen plazo señalado; y en cuanto al cit. cap. *plerumque* dirémos, que debe limitarse al caso que la parte adversa hubiese alcanzado un rescripto opuesto al primero, Glos. y DD. en d. cap.

Parece que será justa causa para autorizar la enagenacion de los bienes de mayorazgo, si estos radican en lugares muy distantes del domicilio del poseedor, arg. nov. 131., cap. 12., vers. *si autem annale legatum.*

Supóngase un mayorazgo creado con licencia real y con la condicion que aun cuando cualquiera poseedor incurriese en el crímen de lesa magestad, no se confiscasen los bienes, sino que pasaran al siguiente en grado: añádase que posteriormente, y tambien con autorizacion real se creó nuevo mayorazgo con una parte de las fincas del antiguo, bajo condiciones no enteramente iguales á las de este, y en particular que si el poseedor cometiese el crímen de lesa magestad, perdiera el mayorazgo, pero sin espresarse á quien deberia pasar en tal caso: ahora bien, cometiéndose por un poseedor dicho crímen, se confiscarán los bienes, ó bien volverán á incorporarse al mayorazgo primitivo? Esta es cuestion dudosa, y en ella nos decidimos por lo último, es decir, por la incorporacion de los bienes al mayorazgo de donde procedieron, fundándonos en lo anotado por Bald. en el cap. *studuisti*, *de offi. leg.*, vers. *pone papa*, donde sienta la cuestion en los siguientes términos: supóngase que el papa me concede un castillo bajo ciertas condiciones, con la prevencion que no cumpliéndose estas, vuelva á su dominio; me concede posteriormente una ciudad con los castillos de su territorio, entre los cuales se halla el de que se trata; y añádase que dejé de cumplir las condiciones impuestas: el papa pretende haber venido el caso de la reversion y yo lo contradigo, fundado en que el castillo es una parte del distrito de la ciudad posteriormente cedida, arg. l. 9. D. *de jud.* Parece que si bien perdí el derecho que tenia en virtud de la concesion especial, lo recupero en fuerza de la general, pues que el papa me colocó en su lugar, por lo que mira á la ciudad y á su distrito, arg. l. 62. D. *de acquir. rer. dom.* y l. 21. D. *de serv. præd. urban.*: obsta al parecer el principio aquel, *genus per speciem derogatur*; pero no tiene aplicacion, cuando el género viene ampliando un derecho concedido. Si las concesiones hubiesen recaido en personas distintas, es claro que la que posea la ciudad, adquirirá el castillo que la otra pierda por incumplimiento de las condiciones, l. 6. D. *comm. præd.*, l. 4. D. *de jur. dot.* y l. 2. C. *de pign.* Obsta al parecer el que si un feudatario de segundo órden concedió en feudo un manso y despues vende la curia, aquel se entiende esceptuado de la concesion general, como tácitamente esceptuado de la curia en virtud de la concesion especial, cap. *quidam capitaneus*, *de capit. qui cur. vend.*: empero á esto puede contestarse que bajo el nombre de curia no vienen los feudos; al paso que bajo la palabra *ciudad* vienen comprendidos los castillos que se hallan dentro del distrito de la misma, salvo el derecho de tercero; ahora, faltando este derecho, el castillo se consolida con la universidad á que corresponde, y tal vez lo mismo sucederá en los feudos, arg. d. l. 4. En vista de lo dicho, y volviendo á la cuestion primitiva, parece que estinguiéndose el segundo mayorazgo, los bienes se consolidarán con el primitivo universal: ademas, la intencion del Príncipe al consentir que se segregara una parte del primitivo mayorazgo, tuvo únicamente por objeto la formacion del mayorazgo nuevo, y de consiguiente una vez estinguido este, falta la causa de la segregacion, y por lo mismo los bienes separados del antiguo deberán volver á él, arg. l. 8. D. *de condict. ob caus.*, Socin. cons. 58. vol. 3. y Alex. cons. 72., col. ult. vol. 3.; hacen al propósito las ll. 8. §. 8. D. *quib. mod. pign. vel hipoth. solv.*, 11. y 21. C. *ad Velley*, 9., 14., 19. §. 3. y sig. D. *de castr. pec.* No obstante, arguye lo contrario el que, habiéndose separado dichos bienes del mayorazgo primitivo, en virtud de permiso real, ya no pueden considerarse como restos de dicho mayorazgo, l. 38. §. 5. D. *de leg.* 3., cual la heredad que habiendo salido una vez de la familia, deja de ser patrimonial por el cambio de dueño, arg. l. 88. D. *de acquir. hæred.*: ademas, parece que, á consecuencia del crímen de lesa magestad han perdido dichos bienes la especie de inviolabilidad que tenian en calidad de amayorazgados, cual la cosa que una vez se ha hecho enagenable, sigue siéndolo en lo sucesivo, arg. d. l. 38. §.

e a sus herederos (34) que de la manda que desta guisa fuesse fecha, non puede el heredero sacar falcidia. Esso mismo seria, quando el testador mandasse a su fijo algo por razon de la su legitima parte (35), que deue auer en los bienes del padre; o si mandasse a alguna muger de lo suyo, por razon de dote (36); o si mandasse aforrar sus sieruos (37). Ca de tales cosas como estas non pueden los herederos sacar, nin retener ninguna cosa, por razon de falcidia. Otrosi dezimos, que pagando el heredero complidamente (38) algunas cosas, de las mandas que ouiesse fecho el testador, non sacando ende la falcidia, cuydando (39) que en la heredad que fincaua, auia assaz para pagar las otras mandas, e para retener para si la su parte legitima; estonce todas las otras mandas deue pagar complidamente. Fueras ende, si despues que las el començo assi a pagar, se descubriesse algun debdo grande, que el non lo sopiesse en ante, que era tenudo de pagar aquel a quien el heredo. Ca estonce, por esta razon, bien podria sacar falcidia de aquellas mandas, que fuessen aun por pagar.

5.; hace tambien al propósito la l. 30. D. *de serv. urb. præd.* Agréguese tambien á lo dicho que los sucesores intermedios pueden cambiar la condicion de la cosa, l. *Paulus*, §. ult. D. *de acquir. hæred.*, l. 9. §. 8. D. *de public.*, l. 19. C. *de donat.*, l. 1. C. *de impon. lucr. descript.*, Bald. *de eo qui sibi vel hæred. suis*, pr. y añád. l. 65. §. 2. D. *de leg.* 1. y allí Paul. de Castr.

Del mismo testo últimamente citado puede inferirse que no volverá á formar parte del mayorazgo la finca que de él separó el padre en fuerza de autorizacion real, con el objeto de agraciar con ella, creando otro mayorazgo á favor de un hijo que le premurió; aun cuando constara ser la voluntad del padre que en semejante caso dicha finca volviese á incorporarse al mayorazgo primitivo, porque para esto se necesitaba nueva autorizacion, arg. l. 7. D. *de jur codicill.*; á no ser que pudiese conjeturarse haber sido la intencion del Príncipe, que faltando el segundo mayorazgo volviesen los bienes al primero, por ej., se dispuso esta consolidacion para el caso que faltaran los descendientes llamados al nuevo mayorazgo, l. 137. §. 2. D. *de verb. oblig.* En el supuesto que semejante autorizacion no fuese indispensable, parece que bastará la voluntad del padre, arg. d. l. 65. §. 2.

Supóngase por último que, á pesar de prevenirse en la escritura de fundacion que en falta de descendientes varones, sucedieran al mayorazgo los de la línea transversal, el Rey habilitó á una hembra y sus descendientes para suceder: en este caso serán atendidos los transversales que pretendan que la intencion del Rey no fue perjudicarles, y sí solo al que debia suceder inmediatamente, á no haberse concedido el privilegio á la hembra? Parece que su pretension carecerá de fundamento, arg. l. 1. §. ult. D. *de assign. libert.* y Bart. en la l. 1. §. 4. D. *de conjung. cum emancip. lib. ej.*: esto procederá sin dificultad en el supuesto que el transversal á quien correspondiera el mayorazgo viviese cuando falleció el último descendiente varon.

(34) La prohibicion de enagenar sin esta cláusula, es calificada de nudo precepto, l. 44. tit. 5. Part. 5. y lo que allí dije. En los mayorazgos, como se deduce de esta misma ley, bastará la simple prohibicion de enagenar, pues que, segun la costumbre de España el mayorazgo se va trasmitiendo de primogénito en primogénito: por la misma razon bastará que se prohiba toda enagenacion al primer llamado, para que esta prohibicion se entienda tambien respecto de todos los sucesores: es ella considerada como real y no en calidad de personal, segun lo anotado por Bart. en la l. 3. D. *de nov. oper. nunc.*; y toca este punto Bald. en el §. *rursùs*, *de controv. invest.*, col. 1. vers. *quid de prohibitionibus.*

(35) Añád. l. 36. pr. C. *de inof. testam.*

(36) Añád. l. 57. D. *ad leg. falcid.* y la Glos. en la l. 7. C. d. tit.

(37) Añád. l. 8. §. 9. D. *de inof. testam.* y la Glos. en d. l. 7.

(38) Añád. auth. *sed cum testator* C. *ad leg. falc.* Nuestra ley es mas esplícita y su disposicion se estiende á mas que la de la cit. auth. y de la nov. de donde esta deriva. Adviértase con Bart. y los DD. en la l. 16. D. *ad leg. falc.* que la disposicion de que se trata tiene lugar únicamente cuando los legados son distintos; pero no, si bajo un nombre colectivo se hubiese hecho manda de diferentes cosas: en este último caso el que el heredero haya entregado alguna de ellas sin detraer la falcidia, no le priva de ese derecho respecto de las otras. Ademas esceptúese el caso que el heredero, al satisfacer íntegramente una manda, haya protestado querer tener salvo el derecho de la falcidia respecto de las otras, Jacob. de Raven. y Alber. en d. auth.; pues que la ley no habla de semejante caso: empero satisfaciendo simplemente una manda por entero, se presume que su intencion es satisfacer de la misma suerte las demas, segun Cyn. en d. auth., col. 6., y allí mismo Salic., de acuerdo con Jacob. de Raven. y la Glos.

(39) Otra cosa seria, si pagase por error,

LEY 7. *Como los herederos pueden sacar la Falcidia, si fizieren el inuentario.*

Todos los herederos que son establescidos por los testadores, pueden sacar falcidia, segun que diximos en las leyes ante desta. E esto se deue entender, si fizieren primeramente el inuentario, que deue ser fecho, segund que diximos en el titulo, de como pueden auer consejo los herederos, si tomaran la heredad, o non. E si por auentura el inuentario non ouiessen fecho, estonce non podrian sacar falcidia (40). Fueras ende, si los herederos fuessen de los que descienden, o suben por la liña derecha de los fazedores de los testamentos. Ca estos atales deuen auer la su parte legitima (41), por debdo que han en los bienes del padre naturalmente; mas los otros herederos han la falcidia por otorgamiento de ley. E porende, pues que estos atales non guardan la ley, deuen porende perder aquello que deuian auer por otorgamiento della.

LEY 8. *Como, aquel que es establescido por heredero, si es rogado que de la herencia a otri, puede sacar della la quarta parte, a que dicen en latin, Trebellianica.*

Trebellianica dicen en latin la quarta parte, que el heredero deue auer de los bienes de la herencia (42) en que es establescido, quando es rogado del testador, que de, o entregue despues la herencia a otri. Pero deue contar

esto es, sin haber examinado el valor del patrimonio, l. 5. §. 2. D. *ad leg. falcid.*, l. 9. C. d. tit. y l. 16. C. *de testam.*

(40) Añád. l. 12. C. *de jur. delib.* y l. 10. tit. 6. de esta Part.

(41) Aprueba la opinion de la Glos. en la l. últ. §. penúlt. C. *de jur. delib.*, en la auth. *hoc amplius*, C. *de fideicom.* sobre la palabra *naturale* y en la auth. *sed cum testator*, C. *ad leg. falc.*, sobre la palabra *excedant*. Pero ¿qué utilidad sacará de esto el hijo, pues que segun la l. 10. tit. 6. de esta Part., no haciendo inventario, debe pagar íntegros los legados, aunque no alcance el valor del patrimonio? Contéstese con Bart. en d. auth. *sed cum testator*, vers. *quæro utrùm per non confectionem.* ¿Qué dirémos en cuanto á la Trebeliánica? ¿Quedará privado de esta cuarta el heredero que no hizo inventario, ya sea un hijo del testador, ora fuere persona estraña? Véase lo que dije en d. l. 10. glos. últ. y latamente Dec. cons. 236.

(42) Estas palabras al parecer deciden la cuestion agitada por Oldrald. cons. 158., á saber, si la Trebeliánica se deducirá del total de los bienes, ó bien únicamente de lo que resta, satisfechos los legados. En efecto, esta l. parece decidir que la cuarta debe computarse, atendiendo tan solo á los bienes en que el heredero es instituido, y cuya restitucion se le encarga, á título de fideicomiso universal; y ademas, esta parece ser la opinion de Az. en la Sum. C. *ad Trebell.*, col. penúlt. vers. 4. *retentio*, donde dice que el heredero sacará la cuarta Trebeliánica de la universalidad de bienes que debe restituir, mayormente, atendido que en los testamentos se suele hacer la institucion de heredero, despues de los legados y en esta forma, á saber; *en los demas bienes, despues de satisfechos los legados, instituyo heredero á Fulano:* y de otra parte, como las cosas legadas no vienen comprendidas en el fideicomiso, no deben quedar sujetas á la detraccion de la Trebeliánica. Empero Oldr. lug. arriba cit. opinó que á la misma detraccion quedaban tambien sujetos los legados; arg. l. 1. §. 17. junto con la Glos. y l. 3. §. 2. D. *ad Trebell.*, l. ult. C. d. tit. y el cap. *Raynussius, de testam.*; y añade no obstar los términos con que se suele concebir la cláusula de institucion, *en los demas bienes etc.*; porque, aun concebida en esta forma, puede sostenerse que el heredero se halla instituido en la totalidad de los bienes; es decir, en cuanto á las cosas legadas al efecto de entregarlas ó restituirlas, y por lo que mira á lo restante, de un modo irrevocable, l. 63. D. *de verb. signif.* Para la decision de este punto véase Ang. en d. l. 3. §. 2., á cuyo parecer adhiere Alex. allí, si bien ninguno de los dos hace mérito de los argumentos de Oldr.; véase tambien la glos. 42. de este tit. [Parécenos que la cuestion que aqui promueve Greg. Lopez queda resuelta con solo atender al contesto literal de la ley. En efecto, las palabras, *en que es establescido* no se refieren *á los bienes*, sino á la palabra herencia, que inmediatamente las precede, ya porque no se encuentra coma, ya tambien porque jamas las Partidas usan de la locucion, *establecer heredero en los bienes.* Ahora bien, si la cuarta trebeliánica es la cuarta del valor de la herencia en que uno se halla instituido, se sigue que no se deducirán los legados para computar dicha cuarta, porque ellos forman parte del cuerpo hereditario.] Adviértase que, segun Bald. en la rubr. C. *de revoc. his quæ in fraud. credit. alien. sunt*, no habrá lugar á la detraccion de la Trebeliánica, si el heredero es instituido, nó por consideracion á su persona, y sí solo por el interes del fiduciario, arg. l. 3. §. 3. D. *de*

en esta su parte (43) las cosas que el fazedor del testamento le mando, si las ouo. E aun dezimos, que los frutos (44) que tomo de tal herencia de mientra que la ouo, si fueren tantos, que montaren tanto quanto podria valer la quarta parte que el deue auer, estonce non deue tomar (45) ninguna cosa de la heredad; ante la deue dar libre, e quita, a aquel a quien le rogaron que la diesse. E si por auentura tanto non valiessen los frutos que el saco ende, contando ante lo que el rescibio dellos, sobre esto deuese entregar de los bienes de la herencia, fasta que aya la quarta parte. E si mas montaren los frutos, que lo que el deue auer por razon desta quarta parte, estonce dezimos, que si el testador le señaló dia a que rindiesse la heredad, e a aquel plazo la entrego a aquel a quien la deuia entregar, que auer deue todos los frutos, por la quarta parte que deuia auer, quanto quier que valan mas. E si non le señalaron dia cierto, a que diesse la heredad, e aquel que la deuia auer fuesse negligente (46) en demandarla, sabiendolo; estonce dezimos, que este que era tenedor de la heredad, aura los frutos della, e non los contara en la su quarta parte. Mas si este atal fuesse rebelde de dar la heredad, o lo metiesse por alongamiento maliciosamente; estonce, quanto quier que valan mas los frutos, que el esquilmo de la su parte que deue auer (47), sera tenudo de los dar al otro con la heredad. E lo que diximos en esta ley en razon de los frutos, que deuen ser contados en la quarta parte, segun que es sobredicho, ha logar, quando el heredero, a quien ruega que de la heredad a otri, non es de

usur. et fruct. et caus. y allí Cyn. y tambien Alex. en las adiciones á Bart. Dice tambien Bald. en la misma rubr. al fin, que tampoco tiene lugar la trebeliánica, cuando la restitucion se verifica en fuerza de contrato, arg. l. 46. D. *de hæred. instit.* Adviértase que, fuera de ciertos casos citados por el mismo Bald. en la l. 6. pr. C. *ad Trebell.*, el heredero no puede retener esta cuarta adjudicándose al efecto alguna ó algunas cosas determinadas. Adviértase ademas que ese derecho de detraccion pasará al heredero del fiduciario. Acerca de si el testador podrá, ó no, prohibirla, véase lo que dije en la l. 6. de este tít., donde manifesté que la opinion general estaba por la afirmativa: la cuestion es muy dudosa y agitada cuando los herederos son hijos de primer grado: Bart. y Salic. en d. l. 6. C. *ad Trebell.*, fundados en el mismo texto opinan que á ellos no podrá prohibírseles la detraccion de la cuarta trebeliánica; y del mismo parecer son Dec., cons. 81. y 218. y Jas. en la l. 3. D. *ad Trebell.*, num. 55. Empero Ludov. Rom. *singularit.* 192. asienta lo contrario, asi como Cyn. en d. l. 6., y esta opinion dice ser la general Paul. de Mont. Pic. en la l. 91. D. *ad leg. falc.*, col. 117., como latamente refiere Covar. en la relec. al cap. *Raynussius, de testam.*, §. 2. num. 7., el cual se adhiere á la opinion de Bald., por ser mas favorable á los hijos, y segun él es la opinion mas comunmente recibida.

(43) Añad. l. 91. D. *ad leg. falc.* Adviértase, que tambien se imputa á la trebeliánica la parte de herencia cuya donacion se ha confirmado por la muerte, l. 24. C. *fam. ercisc.*, segun una de las lecciones, sobre la cual véase allí Bart., col 8. Impútase tambien lo que se hubiese dado con el objeto de cumplir una condicion, v. l. cit. y l. 77. pr. D., *de leg.* 2.

(44) Concuerda con las ll. 18., 22. §. 2., y 27. §. 16. D. *ad Trebell.* y v. Glos. en d. l. 18. Si el testador hubiese ordenado que se restituyera la herencia, pero con la retencion de la cuarta, ¿se imputarán tambien á ella los frutos en este caso? Resuelven que no Alex. y Raf. en d. l. 18.: esto es muy notable.

(45) Tenemos pues que no estará en la mano del heredero el restituir los frutos y sacar la cuarta de lo demas: asi opinaba Alex. en d. l. 18., citando á Raf. que asentaba lo contrario; Alex. va de acuerdo con Imol. en d. l. 22. §. 2., y su opinion es la que nuestra ley aprueba.

(46) Qué dirémos, si no puede imputársele negligencia, por ej., si estuvo ausente? Bart. y la generalidad de los DD. en d. l. 18., sostienen que aun en este caso el heredero lucrará los frutos percibidos, puesto que no estuvo en mora.

(47) Asi pues, restituirá los frutos, en cuanto escedan del valor de la cuarta. Empero, será oido el fideicomisario, si en este caso pretendiere que se le restituyan los frutos, y que el fiduciario detraiga la cuarta de las demas cosas hereditarias? Disponiendo espresamente nuestra ley que los frutos se imputen á la cuarta, parece escluir semejante pretension: sin embargo, podemos entenderla limitada al supuesto que el fideicomisario pretenda la imputacion dicha; tanto mas, cuanto de otra suerte estaria en la mano del heredero el recibir la cuarta trebeliánica en frutos, pues que no tenia mas que incurrir en culpa ó mora; de lo que resultaba destruido el principio, á saber, que el heredero no es libre de elegir lo que le plazca para retenerlo á título de trebeliánica, sino que debe dejarse al arbitrio

los fijos del testador (48). Ca si dellos fuesse, estonce los frutos que esquilmasse este fijo del fazedor del testamento, mientra que touiesse la heredad en su poder, non seran contados en la su parte legitima (49); ante dezimos, que esta parte deue ser sacada enteramente de los bienes de la herencia, e non de los frutos della, maguer el testador (50) lo ouiesse mandado de otra guisa. Pero lo que diximos desta quarta parte en esta ley, se deue entender desta guisa, que el heredero la deue auer, quando entra la heredad de su grado, sin constreñimiento ninguno que el Juez lé fiziesse. Mas si es rebelde (51), non la queriendo entrar, e lo ouiesse a fazer por premia, e mandamiento del Juez, estonce non sacara la quarta parte sobredicha. Ante dezimos, que es tenudo de dar, e de entregar la heredad, con los frutos della, a aquel que le rogo, o mando el testador, que la diesse. Otrosi dezimos, que el es

del juez, Bart. y otros en la l. 91. D. *ad leg. falc.* y v. Juan de Imol. y Alex. de acuerdo con Jacob. de Raven. en d. l. 18.

(48) Concuerda con la l. 6. C. *ad Trebell.*: esto se limita á los hijos de primer grado, l. cit. y esta de Part. Atendidas las palabras generales de nuestra ley, inferirémos que su disposicion procede tanto si los hijos son gravados de restitucion á favor de otros hijos, como si lo fueren en beneficio de personas estrañas: asi opinaban Salic. y Paul. en d. l. 6., Juan de Imol. en la l. 15. §. 3. D. *ad leg. falc.* y Rip. en d. l. 18. num. 29.; empero Cyn., Alber. y Fulg. en d. l. 6., y Alex. en la cit. l. 18. col. 3. sostenian que la disposicion no era aplicable, cuando la herencia debia restituirse á una persona estraña. Los DD. antes citados decian que en ese caso era aun mayor el motivo, es decir, que merecia mas consideracion el hijo gravado, que no en el supuesto de tener que restituir la herencia á otro descendiente del testador.

(49) Esto no tiene dificultad, por lo que mira á la parte legítima debida por derecho natural, atendido que el hijo debe tener siempre salva dicha porcion, junto con los frutos que produzca, l. 36. vers. *repletionem*, C. *de inoff. testam.*, Bald. en la l. 9. C. *fam. ercisc.* y la Glos. en d. l. 18. D. *ad Trebell.* Dirémos lo mismo de la legítima de los ascendientes? Opina negativamente Bald. en la repet. al cap. *si pater*, *de testam.*, lib. 6. arg. l. 18. D. *ad leg. falcid.*; igual es el parecer de Alex. en d. l. 18. col. 5., añadiendo que viene en apoyo de Bald. el cit. vers. *repletionem*, pues que hablando únicamente de la legítima de los descendientes, puede argüirse que á la de los ascendientes se imputarán los frutos, quedando en este punto salvo el derecho antiguo, l. 8. §. 11. D. *de inoff. testam.* Sin embargo, me inclino á creer que en esa parte no difiere la legítima de los descendientes de la de los ascendientes, arg. l. 15. D. *de inoff. testam.* y l. 6. de Tor.; ademas, la cit. l. 18. habla de la falcidia y no de la legítima; por fin lo dispuesto, respecto de uno de los correlativos, debe estenderse al otro, l. ult. C. *de ind. vid. toll.* y l. ult. C. *de cupr.* Nuestra ley debe entenderse tambien de la trebeliánica, y asi entendida concuerda con la cit. l. 6. C. *ad Trebell.*; y no es estraño que se la llame legítima, pues que tambien se la designa con este nombre, como se ve por la l. 4. de este tit. Los frutos de que habla la ley, son los percibidos despues de la muerte del testador: los anteriores, y los que eran pendientes cuando el testador falleció, se consideran al igual de las demas cosas hereditarias, y pueden asignarse por el juez, en pago de la legítima ó de la trebeliánica, Alex. en d. l. 18., col. 3. — * Convenimos en que nuestra ley debe entenderse de la trebeliánica y no de la parte legítima, ya porque á dicha cuarta se la llama tambien legítima, ya tambien porque entendida de otra suerte la ley, no teníamos la escepcion que nos marca la partícula *mas*. Ahora bien, dado que la ley se refiere á la trebeliánica, no hay bastante fundamento para estender su disposicion al caso de ser un ascendiente el heredero gravado: le habria indudablemente si se entendiese de la porcion legítima.

(50) Concuerda con d. l. 6. C. *ad Trebell.*: esto viene en apoyo de lo que dije en la glos. 42., á saber, que el padre no podia prohibir la detraccion de la trebeliánica á los hijos de primer grado. Pregúntase ahora si en virtud de las leyes de nuestro reino, podrá el hijo gravado de restitucion deducir la legítima y la trebeliánica juntamente: véase lo que dije en la l. 12. tit. 5. de esta Part., glos. ult., donde demostré que únicamente podia deducir la legítima, aun en aquellos casos en que por las leyes antiguas tenia derecho á las dos cuartas.

(51) Añad. l. 14. §. 4. D. *ad Trebell.* y l. 14. C. d. tit. — * No siendo ahora necesaria la adicion del fiduciario, segun la l. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec., no hay para que se apremie á dicho heredero al efecto de que ada la herencia y la restituya. Sin embargo el resultado será el mismo que antes: en efecto, si no admite la herencia, no tendrá la cuarta; no en castigo, sino porque como no ha llegado á ser heredero, ningun derecho tiene al todo, ni á parte de la herencia.

siempre tenudo de pagar su parte (52) de las debdas (53) que debiesse el testador, quanto le copiesse a pagar por razon desta quarta parte.

TITULO XII.

DE LOS ESCRITOS QUE FAZEN LOS OMES A SUS FINAMIENTOS, A QUE LLAMAN EN LATIN CODICILLOS.

Codicillos dizen en latin, una manera de escritos pequeños, que fazen los omes despues que han fecho sus testamentos, para crescer, o menguar, o mudar alguna de las mandas, que auian fechas en ellos. Onde, pues que en los titulos ante deste fablamos de los Testamentos, que son mayores escrituras que los omes fazen por razon de sus finamientos. Otrosi, de todas las cosas que pueden ser puestas, e fechas en ellos. Queremos aqui dezir, destas escrituras sobredichas. E mostraremos, que quiere decir codicillus. E a que tiene pro. E quien lo puede fazer. E en que manera deue ser fecho. E sobre que cosas. E que departimiento ha entre los testamentos, e los cobdicillos. E de si diremos, como se pueden desatar.

LEY 1. *Que quiere decir Cobdicillo, e a que tien pro, e quien lo puede fazer, e en que manera deue ser fecho, e sobre que cosas.*

Codicillus en latin, tanto quiere dezir en romance, como escritura breue, que fazen algunos omes despues que son fechos sus testamentos, o ante (1). E tal escritura como esta tiene gran pro; porque puede ome en ella crescer, o menguar las mandas, que ouiesse fechas en el testamento. E puedelo fazer todo ome, que sea mayor de catorce años (2), e la muger de doce años; solamente, que no sea de aquellos a quien es defendido, segun diximos en el titulo (3) de los Testamentos. E puede ser fecho el cobdicilo en escrito, e sin el (4), solo que se acierten y cinco testigos (5) quando lo faze. E pueden ser en el mandadas todas las cosas, que pueden ser dexadas en el testamento por razon de manda.

LEY 2. *Que en el Cobdicilo non pueden ser establescidos herederos derechamente.*

En los cobdicillos non pueden ser establescidos herederos (6) derechamente (7): poren-

(52) Añad. §§. 5., 6., 7. y 9. Inst. *de fideicom. hæred.*

(53) Estará pues obligado á los acreedores respecto de dicha cuarta, mas no á los legatarios, ll. 1. y 2. C. *ad Trebell.*: no obstante, véanse las distinciones que hace la Glos. en la l. 1. §. ult. D. d. tit., Paul. de Castr. en dd. ll. 1. y 2. C., y Alex. en d. l. 1. D. §. 20.— *Véase lo que hemos apuntado en la adicion á la glos. 1.

(1) Añad l. 5. D. *de jur. codicil.*, el §. 1. Instit. d. tit. y la l. 6. C. d. tit.

(2) Podrá pues hacer codicilos el que tenga capacidad para otorgar testamento, l. 6. §. 1. D. d. tit. Si por ley municipal se estableciera que el menor de 25 años no podia testar, ¿podrá hacer codicilos, si ha cumplido los 14? Decide negativamente Bart. en la l. 2. D. *de leg.* 2.; empero Bald. en la l. ult. C. *de testam.*, vers. *sed quid si statutum dicit,* está por la afirmativa.

(3) V. l. 13. y sig. tit. 1. de esta Part.

(4) Añad. l. ult. C. *de bon. libert.* y l. ult. C. *de codicil.*

(5) Añad l. ult C. *de codicil.* y véase lo dispuesto por la l. 1. tit. *de los testamentos*, lib. 5. del Ordenam. Real, y por la l. 3. de Tor. De estas palabras de nuestra ley, *que se acierten y*, se deduce que los testigos que intervienen en los Codicilos no deben ser rogados. Añad. d. l. ult. C. *de codicil.* y l. 32. tit. 16. Part. 3.—*Véase la glos. 14, y adviértase que, segun ya llevamos espuesto en la adicion á la glos. 41. del tit. 3. de esta Part., podrá hoy dia hacerse en codicilos abiertos, la institucion de heredero, y cuanto cabe ordenar en testamento; pues que por la ley 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec., los codicilos abiertos deben otorgarse con iguales formalidades que los testamentos de la misma clase.

(6) Concuerda con el §. 2. Instit. *de codicil.* y con las ll. 2. y 7. C. d. tit. Asi pues, el que en codicilos se hallase instituido en cosa cierta, será tenido por mero legatario, segun Bald. en la l. 14. C. *de testam.*; y añádase que si el testador dejó á su hijo cierta cantidad en el testamento, y en codicilos declara que lo dejado á su hijo se entienda á titulo de institucion, no por esto el testamento se confirmará, arg. l. 10. D. *de jur. cod.*, es decir, porque lo principal no puede ser confirmado por su accesorio. Empero, atendido que por las leyes del Ordenam., deben hoy dia intervenir los mismos testigos en los codicilos que en los testamentos, no deberiamos tener por válida la institucion directa hecha en codicilos? Parece que no, segun lo anotado por Bald. en la l. 16. C. *fam. ercisc.*, donde concluye que en codicilos no puede darse directamente la herencia, ni aun por el padre á sus hijos; porque, siendo este un privilegio de los militares, hemos de inferir que lo contrario ten-

drá lugar por derecho comun; y lo mismo dijo en la l. 9. C. *de impub. et al..substit.*, col. 12., vers. *sed nunquid ista exemplaria*: asi opinaba Bald., á pesar de que el testamento hecho á favor de los hijos requiere menor número de testigos; l. 21. §. 1. C. *de testam.* y l. 7. tit. 1. l. de esta Part. Sin embargo, se dirá, ¿habrémos de dar tanta importancia al nombre, que no valga la disposicion, por haberse llamado codicilo al acto con que se instituyó directamente un heredero? Darémos valor, no precisamente al nombre, sino á la intencion que nos revela una palabra sancionada por el derecho, y cuyo sentido no nos es dado modificar, l. 7. D. *de vulg. et pupil.*; y lo mismo opina Salic. en d. l. 16., en el supuesto que por la declaracion del escribano, ó de otra suerte, constare que la intencion del padre fué otorgar codicilo. Empero prueba lo contrario lo notado por Bald. en d. l. 21. §. 3. en la l. 2. D. *de inj. rupt.* y en la l. 36. D. *de testam. mil.*, donde asienta, que el padre puede en codicilos sustituir pupilarmente á los sucesores abintestato, y revocar la sustitucion de la misma clase que hizo en testamento, si el sustituto era persona estraña; sobre lo cual véase Alex. en d. l. 21. §. 3. viene en confirmacion de lo mismo Juan Andr. adic. al Spec., tit. de *instrum. edit.*, §. *compendiosè* col. 8. adic. que empieza *ad intellectum*, donde sostiene, que si el testador habiendo llamado 7. testigos, nombra herederos, hace legados, y al fin dice, que quiere que su disposicion valga como codicilo, tendrá la misma fuerza que el testamento, arg. l. 14. C. *de testam.* y pruébalo tambien la l. 17. C. d. tit., donde Bald. y Salic. advierten que el testamento no dejará de ser tal, por haberle llamado codicilo el testador. Dice tambien Ang. en la l. 13. §. 1. D. *de jur. cod.*, que si el testador instituye herederos, y el escribano puso la siguiente cláusula, *queriendo F. hacer codicilo*, no por esto dejará de tener el carácter de testamento la disposicion, como dice Jas. en d. l. 14., citando cierto cons. de Alex. y el dicho de Bald. en la l. 8. D. *de stat. homin.*, col. 2., *verba enim impropriantur, ut deserviant intentioni*, l. 6. D. *præscript. verb.*; l. 11. §. 2. D. *de jurejur.* y el cap. *intelligentia*, *de verb. signif.* Esto nos parece lo mas acertado, siempre que de otra parte no constare que el testador quiso en realidad otorgar codicilos: si constare, no podrá subsistir la institucion directa, porque á ningun testador caben facultades para impedir que tengan aplicacion las leyes respecto de su disposicion última, l. 55. D. *de leg.* I.: lo mismo opina en una cuestion semejante, Paul. de Castr. en d. l., col. 1. vers. *quæro quid è converso*; v. l. ult. C. *de codicil.*: ademas, hallamos otra razon, y es que, habiendo elegido el testador el medio de los codicilos, hay imperfeccion de voluntad, esto es, defecto en la cualidad ó especie de la voluntad, pues que los codicilos no bastan legalmente para lo que se propuso, como espresa Bald. en la l. 1. C. *de sacros. eccles.*, col. 18., vers. *sed hic quæro*. Adoptamos esta opinion, con preferencia á la distincion que hace Alex., con la idea de conciliar las opiniones opuestas sobre la materia: dice el cit. D., que si se hallan instituidos los herederos abintestato, procederá la opinion de Din. y Juan Andr., de la que hemos hecho mérito mas arriba; pues que, no pudiendo la disposicion tener efecto, á título de fideicomiso, por no haber heredero que pueda verificar la restitucion, valdrá como institucion directa hecha en testamento: si el instituido es una persona estraña, dice que procederá la opinion contraria, de que hace mérito Paul. de Castr. en d. l. 55., es decir, que semejante institucion no subsistirá en calidad de directa, dado que puede valer á manera de fideicomiso. Si bien esta distincion tendria lugar en el caso á que se referia Din. cit. por Juan Andr., atendido que el testador habia prevenido, que si la disposicion no podria valer como codicilos valiese en calidad de testamento; fuera de esto, semejante distincion es inadmisible, pues que, habiendo el testador querido definitivamente otorgar codicilos, no puede convertirse en testamento su disposicion, como llevo dicho mas arriba. Viene en apoyo de esto lo anotado por Bart. en la l. 1. D. *de jur. cod.*, col. 1.—*Llevamos dicho en la adicion á la glos. 41. del tit. 3. de esta Part. que despues que la l. 2. tit. 18. libro 10. Nov. Rec. (l. 3. de Toro) que prescribió las mismas solemnidades para los codicilos abiertos que para los testamentos de la misma clase, estos y aquellos se distinguirán únicamente en el nombre, y de consiguiente que será válida la institucion de heredero hecha ante el número de testigos que requiere la ley, aunque á la disposicion se le haya dado el nombre de codicilo. Hallamos á nuestro glosador conforme con estas proposiciones en el fondo; empero esceptúa el caso en que constare que el testador quiso en realidad otorgar codicilos; y fúndase en que á este no le cabe poder para precindir del sentido legal de las palabras, ni para desentenderse de lo prescrito por las leyes, lo que sucediera, eligiendo para la institucion de heredero, un medio de suyo insuficiente. No nos es posible admitir semejante escepcion por razones que vamos á esponer. Despues de la cit. l. los testamentos y los codicilos abiertos quedaron igualados en punto á las formalidades esternas, y por la l. del ordenam., que es la 1ª del cit. tit. lo habian

de, si algun testador ouiesse establescido heredero en su testamento, e despues desto fiziesse cobdicilo, en el qual pusiesse condicion (8) alguna; o si quisiesse desheredar (9) en el, non empesce al heredero, porque perdiesse porende toda la herencia, nin parte della, nin seria tenudo de complir la condicion que fuesse y puesta. Pero si en el cobdicilo dixesse el testador, que el heredero que auia establescido en el testamento, le auia fecho tal mal, por que non meresciesse auer la heredad, nombrando aquel yerro; por tal razon como esta embargaria el heredero. Ca perderia (10) el heredero porende la heredad, si el yerro le fuesse prouado. Otrosi dezimos, que si el que fiziesse el cobdicilo vsasse atales palabras, diziendolas, o faziendolas escreuir en el: Ruego, o Mando o Quiero, que aquellos que han derecho de heredar la mi heredad, si yo muriesse sin testamento, que la den a tal ome. O si algun testador que ouiesse establescido a otro por su heredero en su testamento, rogasse, o le mandasse al heredero, o dixesse en el cobdicilo, que queria que la heredad en que lo auia establescido por heredero, que la diesse a otro; vsando el señor de la heredad a dezir tales palabras en el cobdicilo, como estas sobredichas, o otras semejantes (11) dellas, tenudo es el heredero de dar la heredad al otro, assi como lo mando el señor della. Pero bien puede tener para si la quarta parte de la herencia, a que llaman en latin Trebellianica;

sido por lo que mira á las internas, pues que se quitó por ella la necesidad de la institucion de heredero, permitiendo en consecuencia testar de parte de los bienes, sucediendo á los restantes los herederos legítimos. En vista de esto no nos parece muy fundado el pensar que se quisieran dejar subsistentes las diferencias entre los testamentos y codicilos abiertos, en cuanto á poder ó no hacer la institucion de heredero, diferencias que nuestras leyes de Part. tomaron de las romanas, y que derivaban de principios que destruyó la cit. l. del Ordenam. Ahora, si se quiere llevar la sutileza hasta decir que el nombramiento de heredero no puede ser legal sin que al acto con que se verifica se le considere el carácter de testamento; siempre tendriamos que ese carácter debia deducirse de la institucion misma y no del nombre que á aquel le hubiese dado el difunto, pues que para caracterizar á los actos legales debe atenderse á la sustancia de los mismos y no al nombre con que se les designa. Pero se dirá si el testador hubiese protestado ser su intencion otorgar codicilos y no testamento, hay mas que una simple calificacion. A esto contestaremos que semejante protesta se halla en oposicion en el supuesto de que partimos con el hecho de instituir heredero; y de consiguiente no debe producir efecto, por mas que constara de ella de un modo auténtico. Y á la verdad, dado que la institucion exija un testamento, si alguno la hace protestando querer otorgar codicilos, habrémos de decir que protestó por inadvertencia ó ignorancia, pues que en las últimas voluntades no se presume la burla.

(7) Con todo, algunas veces las palabras directas empleadas en los codicilos, se toman, como significativas de fideicomiso, l. 76. D. *ad. Trebell.* y allí Bart. y l. 37. §. 2. D. *de leg.* 3. Supóngase que el padre instituye en cosa cierta al hijo en testamento, nombrando heredero universal á un estraño, y que despues en codicilos quita al hijo lo que en el testamento le dejó; ¿valdrá esta última disposicion, y por consecuencia, podrá el hijo acusar de nulo el testamento del padre? Bald. en la l. *omnimodo*, pr. vers. 3. *quæro*, dice, de acuerdo con Jacob. de Belovis., que en este caso no puede revocarse en codicilos la institucion del hijo, porque de ella depende la existencia de la institucion universal: si bien podria revocarse la institucion en cosa cierta que tuviera por objeto una persona estraña, habiéndosele dado coheredero universal, dado que dicha institucion se considera como legado en semejante caso: sostiene la misma opinion Bald. en la auth. *ex causa*, C. *de liber. præt.*, col. 12. vers. 6. *quæro*. —*Véase la adicion á la glos. anterior.

(8) Añád. d. vers. *directo*, Instit. *de codicil.*, l. 6. pr. D. d. tit. y l. penult. §. ult. D. *de condit. instit.*

(9) V. d. §. Instit. y l. 14. C. *de testam.*

(10) Se le priva entonces de la herencia, como indigno, l. 4. C. *de his quib. ut. indign.* y l. 23. tit. 1. de esta Part.

(11) Que indiquen fideicomiso, d. §. 2. Instit. *de codicil.* y la cit. l. 7. C. d. tit. No obstante, en el caso de ser directas las palabras, se interpretarán como significativas de fideicomiso, para que pueda tener cumplimiento la voluntad del testador (como dije mas arriba, y notan Bart. y la Glos. en la l. 76. D. *ad Trebell.*), mientras constare que la intencion de aquel fue otorgar codicilo, Az. en la sum. C. *de codicil.* y Alex. en la l. 2. C. d. tit. No puede desconocerse que esta ley de Part. inculca mucho que las palabras sean propias de fideicomiso, á fin de que la disposicion surta efecto; y esta fue la opinion de Jacob. de Aren. citada por Bart. en d. l. 76.: no obstante insisto en la opinion que llevo manifestada, ya porque asi queda salvo lo dis-

assi como suso mostramos en el titulo, de como se pueden menguar las mandas, en las leyes (12) que fablan en esta razon.

LEY 3. *Que departimiento ha entre los testamentos, e los cobdicillos; e como se pueden desatar.*

Departimiento (13) ha muy grande entre los cobdicilos, e los testamentos. Ca los cobdicilos bien se pueden fazer, maguer non pongan en ellos sellos (14) los que los fazen, nin los testigos que se y aciertan; mas puedenlos fazer ante cinco testigos. E puede ome fazer

puesto por el testador, ya porque puede sostenerse que nuestra ley no la resiste, si se considera que las palabras directas, cuando se emplean en codicilos, parece adquieren el carácter de fideicomisarias. — * Véa[se] la glos. 6. junto con la adicion.

(12) V. l. ult. tit. 1. de esta Part.

(13) Manifiesta aqui las diferencias que separan los codicilos del testamento; añad. Az. en la sum. C. *de codicil.*, col. 2. (Véase la adic. á la glos. 6. de este tit.) Parece que la condicion, *si falleciere F. con testamento*, no se entenderá cumplida, por existir un testamento que valga como codicilo, pues que las palabras de toda condicion deben tomarse en su sentido propio, ll. 44. y 55. D. *de cond. instit.*; y en efecto, el codicilo no puede llamarse con propiedad testamento, Inst. pr. *de testam.*, l. 1. D. d. tit. y Socin. cons. 97., vol. 3. Empero, arguye lo contrario el que la palabra testamento comprende en su sentido lato el codicilo, porque este es tambien *testatio mentis*, Instit. pr. *de testam.*; y Salic. en la l. 24. C. *fam. ercisc.*, 1. notab., fundado en el mismo texto, dice que cierto sugeto que habia recibido un predio de la Iglesia con la facultad de dejarlo en testamento á quien quisiere, pudo disponer de él en codicilo, atendido que no se necesitaba institucion de heredero para disponer de dicho predio: me adhiero á este parecer, en el mismo supuesto que la facultad atribuida con referencia al testamento, no indicara institucion de heredero, pues que, como dije, á los codicilos se les da tambien el nombre de testamento, Glos. en la l. 2. C. *comm. de leg.*, sobre las palabras *ex omnibus*, y allí Bald., la Glos. en la l. 2. C. *de const. pec.*, sobre la palabra *omnis* y la glos. ult. en el cap. *quamquam de usur.*, lib. 6.

(14) Habla de los codicilos escritos, como se ve, pues que es en los testamentos escritos, donde se requieren las firmas y los sellos, l. 1. tit. 1. de esta Part. y l. 21. pr. C. *de testam.* Empero, despues de la l. 3. de Tor. es cuestion si en los codicilos escritos deberán firmar los testigos, cual se dispone por d. l. respecto de los testamentos de la misma clase. La l. ult. al fin C. *de codicil.*, de la que esta de Part. se ha tomado, parece exigir la firma de los testigos, cuando el codicilo se otorga en escritos; asi opinan la Glos., Alber., Alex. y Jas. en d. l., fundados en la palabra *subnotationem*, la que toman por equivalente de *subscriptionem*, arg. l. 31. C. *de donat.*; convienen los cit. DD. en que no son esenciales los sellos, pero dicen que serán indispensables las firmas: esta opinion nos parece mas acertada, atendido el derecho comun, que la de Az. en la sum. C. *de codicil.*, col. 2., y de la Glos. en el §. ult. Instit. d. tit., donde sostienen que, ni las firmas, ni los sellos son indispensables: hé aqui los términos con que se espresa Az.; *item in testamentis septem exiguntur testes, et rogati, et exigitur in testamento, quod fit in scriptis, subscriptio testium, et eorumdem signacula requiruntur; sed in codicillis quinque sufficiunt testes, neque exiguntur sigilla vel subscriptiones, ut dictum est.* Esta ley de Part. no requiere los sellos de los testigos, nada dice de las firmas, pero de esto no debe inferirse que quisiera en esta parte separarse del derecho comun, sino que quiso dejarla, bajo la disposicion del mismo; si bien opina lo contrario Miguel de Cifuent., uno de los glosadores de las leyes de Toro en la cit. l. 3. Volviendo ahora á la cuestion que se origina de esta misma ley de Toro, hallamos que, segun el cit. Cifuent., será menester, en virtud de la misma ley, que los testigos firmen en los codicilos escritos, cual se requiere en los testamentos de la misma clase; porque, si bien la ley habla de estos tan sólo, por igualdad de razon, esto es, para evitar toda falsedad, debe estenderse á los codicilos. Tenemos en contra de esta opinion que al hablar dicha ley de las solemnidades de los codicilos, puede al parecer entenderse asi de los nuncupativos, como de los escritos, esto es, de modo que en todos tenga lugar lo dispuesto por la ley del Ordenam. del rey D. Alfonso, por la que bastan tres testigos vecinos con el escribano, ó cinco sin esta persona pública; y de consiguiente, asi como cuando el testamento es nuncupativo ante escribano, no es menester que firmen los testigos, en virtud de la cit. ley, tampoco deberian firmar en los codicilos, aunque se estendieran por escrito: y á la verdad hablando primero de la ley con distincion, de las solemnidades del testamento nuncupativo y del escrito, y añadiendo despues que en los co-

muchos cobdicilos, e non desatara (15) el uno al otro. Fueras ende, si dixere señaladamente aquel que lo fiziere, que el cobdicilo que auia fecho primeramente, que non queria que vala. Otrosi dezimos, que el cobdicilo non se desata, maguer nazca despues (16) fijo a aquel que lo fizo. Mas en los testamentos que se fazen en escrito, el contrario es desto. Ca deuense fazer ante siete testigos, que pongan y sus (*a*) sellos. E el testamento primero se desata por el postrimero. E otrosi se quebranta, quando nasce despues fijo al fazedor del, segund diximos en el titulo de los Testamentos (17)

(*a*) nombres. Esc. 1.

dicilos intervengan las mismas solemnidades que para el testamento nuncupativo, parece que en esa última parte quiso comprender toda especie de codicilos, ya fuesen escritos, ya nuncupativos, arg. l. ult. D. *de reb. dub.*, cap. *inquisitione* y cap. 2. *requiris*, *de appell.* Empero esta interpretacion no puede sostenerse, pues que la ley de Toro tiene por único objeto la interpretacion de la del Ordenamiento: cuando habla la primera del testamento escrito, modifica en una parte la segunda; mas en los otros puntos, á saber, respecto del testamento del ciego y los codicilos, vuelve á la esplanacion de la misma ley del Ordenam.; habla entonces del testamento nuncupativo del ciego, el cual no puede otorgarlo cerrado, como dije en la l. 14. tit. 1. de esta Part., y habla tambien de los codicilos nuncupativos, con referencia á dicha ley, cuya inteligencia esplana. Vienen en apoyo de esto lo que dice Bart. en la l. 2. D. *de vi bon. rapt.*, el cit. cap. *inquisitioni*, y lo anotado en d. l. ult.; á mas de que de otra suerte vendríamos á parar en la correccion de la cit. l. ult., la que requiere las firmas de los testigos en los codicilos escritos. Concluyo pues, que disponiendo únicamente esta ley de Part. acerca los sellos, y atendido que la de Toro dispone tan solo acerca los codicilos nuncupativos; será menester que firmen los testigos en los codicilos escritos, y deberán ser aquellos en número de cinco, en virtud de esta ley de Part. y de la cit. l. ult. C.

(15) Concuerda con la l. 3. C. *de codicil.*, con el §. ult. Inst. d. tit. y con la l. 6. §. ult. D. *de jur. codicil.*

(16) Concuerda con la l. 3. §. 1. y l. penult. D. *de jur. codicil.*, y con la l. 1. C. d. tit. Az. en la sum. C. d. tit. limita esto al caso que los codicilos sean otorgados por uno que quiera fallecer intestado; habiéndose hecho testamento, dice, los codicilos desaparecerán invalidándose aquel, d. l. 1. y l. 16. D. d. tit.: para la inteligencia de ese punto véanse Paul. de Castr. y Alex. en d. l. 1. Empero, en virtud de la l. 1. tit. *de los testamentos* del Orden. real, la que dispone valgan los legados, aunque el heredero repudie, ó de otra suerte no admita, parece que no podrá decirse que los codicilos dependan del testamento, y de consiguiente, que de cualquier modo que este se invalide, no obstará esa circunstancia para que subsistan las mandas hechas en los codicilos: parece pues, que d. l. encarga la prestacion de tales mandas á los herederos abintestato; ahora bien, asi como los codicilos subsistieron por mas que se invalidara el testamento, si espresamente se hubiese rogado á los herederos legítimos que cumplieran con las mandas en ellos dispuestas, ll. 14. y 29. C. *de fideicom.*, parece que lo mismo ha de tener lugar, cuando semejante encargo viene de la ley, como en nuestro caso. Medite el lector esta nueva razon. — * A la ley del Ordenam. (l. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.) que cita aqui Greg. Lopez puede añadirse la l. 7. tit. 8. de esta Part., la que dispone subsistan los legados caso de quebrantarse el testamento por alguna de las causas indicadas en el mismo título, que son la preterición y la desheredacion sin justo motivo. Ahora bien, en el supuesto de depender del testamento los codicilos, considerándose como apéndice ó parte del mismo las mandas en ellos dispuestas deberán subsistir en los mismos casos que las ordenadas en el testamento. — Podrá suscitarse otra cuestion, á saber, si la diferencia que hace aqui la ley entre el testamento y los codicilos, subsistirá hoy dia cuando estos fueren abiertos, atendido lo que llevamos dicho en la adicion á la glos. 6. Pero esa cuestion desaparece en vista de la cit. l. 7.: en efecto, dado que la pretericion no afecta la validez de las mandas, cuando ella exista no habrá mas que atender á la institucion, la que, sea donde quiera que se la encuentre, llámese testamento ó codicilo el acto que la contenga, deberá declararse nula, quedando en pié las demas disposiciones. La diferencia, pues, de que aqui se trata, no es entre los testamentos y codicilos, sino entre la institucion de heredero y las disposiciones singulares. La pretericion vicia la primera, sin tocar á la validez de las otras.

(17) Ll. 1., 2. y 20.

TITUTO XIII.

DE LAS HERENCIAS QUE OME PUEDE GANAR POR RAZON DE PARENTESCO, QUANDO EL SEÑOR DELLA MUERE SIN TESTAMENTO.

Sin testamento, e con el, ganan los omes a las vegadas las herencias, e los bienes, que fueron de otri. Onde, pues que en los titulos ante deste fablamos, de como un ome puede ser heredero de otro por testamento. Otrosi, de las mandas, e de las otras cosas que le pertenescen. Queremos aqui dezir, en que manera puede heredar ome, por razon de parentesco, los bienes del finado, aunque muera sin testamento. E diremos, en quantas guisas pueden morir los omes sin testamento. E quantos grados son de parentesco. E quales son aquellos, que por razon del, deuen heredar los bienes del que assi finare. E quanto deue auer cada vno dellos de los bienes, quando fueren muchos herederos.

LEY 1. *En quantas maneras pueden morir los omes sin testamentos.*

Ab intestato (1) es palabra de latin, que quier tanto dezir en romançe, como ome que muere sin testamento. E esto puede ser en quatro maneras. La primera es, quando ome muere, e non faze testamento. La segunda es, quando faze testamento non (a) cumplido; non guardando la forma, que deuia ser guardada en fazerlo, segun diximos en el titulo de los Testamentos. La tercera es, quando el testador fizo testamento, que se rompio por algun fijo que nascio despues; del qual fijo non fizo enmiente en el testamento. O si por auentura, aquel que fizo el testamento, se dexo despues porfijar (2) a otro, de manera, que passasse a poder de aquel que lo porfijo. La quarta es, quando faze testamento acabado, e establesce el heredero en el, e aquel heredero non quiere la heredad, desechandola (3).

LEY 2. *Quantos grados son de parentesco.*

Tres grados, e liñas (4) son de parentesco. E la vna es de los descendientes, assi como de los fijos, e de los nietos, e de los que descienden por la liña derecha. La otra es de los ascendientes, assi como el padre, o el auelo, e los otros que suben por ella. La tercera es de los de trauiesso, assi como los hermanos, e los tios, e los que nascen dellos: e de cada vno dellos diremos adelante, en las leyes que se siguen, de como pueden heredar los vnos a los otros, muriendo sin testamento.

(a) compliendo nin guardando B. R. 3.

(1) Si bien se examina esta ley, se ve que, segun ella, se dirá únicamente con propiedad intestado el que pudiendo otorgar testamento no lo hizo, ó si lo hizo fue sin guardar la forma de la ley, ó bien con arreglo á ella, pero se invalidó despues por nacimiento de un hijo, ó por mutacion de estado, ó por no haberse adido la herencia; y concuerda con la l. 1. D. *de inj. rupt.* y con el pr. Inst. *de success. ab intest.* No se dirá pues con propiedad intestado el que falleció, siendo incapaz de testar, cual el pupilo, loco, etc.; como se dice en la l. 1. D. *de suis et legit. hæred.*, si bien añade que tambien á estos deberémos considerarlos intestados. Dice allí Bart. que si, segun la forma vulgar de espresarse, se llama tambien intestado el que no era capaz de testar, deberémos tambien estender á él toda ley que hable de los que fallecen intestados: pero impúgnale Bald. en el cap. 1. pr. *de success. feud.*, vers. *modò quæro*: v. Alex. cons. 155. vol. 2. y en las adic. á Bart. en d. l. 1. y Felin. en el pr. de las Decret., col. 5., pues que es cuestion esta sobre la cual se ha escrito mucho: véanse tambien Bald. en la auth. *præterea* C. *unde vir et uxor*, col. 1. y Alber. siguiendo á Cyn. en la l. 2. al fin C. *qui testam. fac. poss.* — * Esta cuestion es puramente escolástica: llámese ó no con propiedad intestado al que ha fallecido sin testamento, no teniendo capacidad para otorgarlo, es indudable que á su herencia serán llamados los sucesores legítimos. — Al enumerarse en esta ley los casos en que tiene lugar la sucesion intestada se pasaron dos por alto; á saber el de inutilizarse por el testador la escritura que contiene el testamento, y el de la queja de testamento inoficioso. Téngase presente que no en todos los casos la sucesion es de todo punto abintestato, que los hay en que las mandas subsisten, á pesar de ser llamados los sucesores legítimos; v. l. 7. tit. 8. de esta Part. junto con la glos. y la glos. 16. del tit. anterior. Véase ademas sobre toda esta materia el apéndice que va al fin de este tit. *

(2) V. §§. 4. y 6. Instit. *quid mod. testam. infirm.* y l. 18. tit. 1. de esta Part.

(3) Añad. l. 64. D. *de verb. signif.*

(4) V. l. 2. tit. 6. Part. 4., ll. 1. y 10. D. *de grad.* y tod. tit. Instit. *de grad. cogn.*

LEY 3. *Como el padre, o el auuelo muriendo sin testamento, deue el fijo, o el nieto heredar los bienes del.*

Muriendo el padre, o el auuelo sin testamento, o alguno de los otros que suben por la liña derecha, el fijo, o el nieto (5) que nasciesse de otro su fijo, ganan, e heredan todos los bienes del finado, quier sean varones, quier mugeres (6) maguer aquel que murió sin tes-

(5) Aunque fuere emancipado, auth. *in successionem* C. *de suis et legit. hæred.*, la nov. de donde esta deriva y la l. 15. C. *de leg. hæred.*

(6) Concuerda con d. auth. *in success.* y con la l. 4. C. *de lib. præt.* Sin embargo, pueden ser escluidas las hembras, si el difunto impuso gravámen que solo pueda convenir á los varones, como el de servir en el ejército, ú otro de esta naturaleza; no siendo entonces la hembra capaz de la causa, deberá ser incapaz del efecto, §. penult. *de his qui feud. dar. poss.* y allí Bald. Por esta ley puede argüirse que el estatuto que en beneficio de los varones priva de la sucesion á las hembras, será injusto y odioso, por mas que tenga por objeto la conservacion de las familias, l. 1. §. 12. D. *de ventr. inspic.*; porque odioso es lo que está en oposicion con la equidad y la justicia, segun Bald. en la l. 5. C. *unde cogn.*: y de aqui infiere el mismo Dr. en la l. 9. D. *de just. et jur.* col. 9., que si la ley municipal llama á la sucesion el primogénito, escluyendo los demas hijos, no se estenderá dicho estatuto á la primogénita, por ser odioso é irracional, atendido que, siendo los hijos iguales por naturaleza no deben gozar de derechos distintos. Empero el mismo Bald. en la l. 2. C. *de in jus. voc.*, discurre latamente acerca de si serán odiosas ó favorables las leyes que escluyen de la herencia á las hembras en beneficio de los varones; y por fin, fundado en la glos. á d. l., resuelve, que serán favorables respecto del que sucede, y odiosas en cuanto á la hembra escluida; de lo que infiere que si la ley se limita á disponer que la hija no suceda, será no obstante llamada á la sucesion la nieta nacida del hijo, porque representa á su padre: téngase esto presente por lo que mira á los mayorazgos que escluyen á las hembras, los que en esa parte como odiosos sufrirán una interpretacion restrictiva. Puede tambien por esto argüirse que fundado simplemente un mayorazgo, sucederá la hija primogénita, con preferencia al hijo segundo, pues que, el fundador no ha preferido los varones á las hembras, y sí solo ha llamado al hijo primogénito, bajo cuya denominacion viene tambien comprendida la hija, ll. 116. y 201. D. *de verb. signif.* Y viene en apoyo de esto lo anotado por el mismo Bald. en el cap. ult. *de feud. dat. in vic. leg. comm.* donde dice que, si se prescribe el enfiteusis eclesiástico, se estenderá hasta la tercera generacion tan solo, pues que estos son los límites de la concesion del enfiteusis, cuando se verifica sin distincion de personas, nov. 7. cap. 3.; y en este mismo caso son llamadas las hembras al igual de los varones, ya sea la concesion en virtud de privilegio, ya á título de donacion, ya por última voluntad, Jas. en la l. 7. D. *de jurisd. omn. jud.*, col. 7.; mas no sucederia asi en los contratos, segun el mismo Jas. lug. cit. col. 6., y en la l. 38. §. 18. D. *de verb. oblig.* Obsta empero á lo que llevamos dicho á favor de las hembras, lo anotado por Bald. en la l. 9. D. *de stat. hom.*, y lo que dice Bart. en la l. 57. §. 1. D. *ad Trebell.*, á saber, que se presume que el testador en sus disposiciones se refirió á la costumbre del lugar; asi opinan tambien Bald. y Pedr. de Anch. en la l. 35. D. *de pact.*, Dec. cons. 397., col. 2., y Andr. Sicul. cons. 10. vol. 2. refiriéndose á los mayorazgos de España. Ahora bien, la costumbre entre nosotros prefiere al varon en la sucesion del mayorazgo, aunque la hembra su hermana sea de mayor edad; á mas de que asi se halla dispuesto por la l. 2. tit. 15. Part. 2. respecto de la sucesion á la corona, la que debe servir de norma para los demas mayorazgos, como dice Paul. de Castr. cons. 164. tratando de un mayorazgo de Sevilla. Obsta tambien á lo que dije en primer lugar, lo anotado por Bald. en la l. 9. D. *de just. et jur.*, col. 9. En suma, esta última opinion es la mas acertada. No obstante, será admitida la hija, cuando no exista ningun hijo varon, cual se dispone respecto de la sucesion al trono por d. l. 2. Viene en apoyo de lo que llevo dicho la l. 10. D. *de legit. tut.*, en la que se declara que la hembra no impide que un agnado mas remoto que ella suceda á la tutela. De lo espuesto inferirémos, que aun cuando el fundador del mayorazgo hubiese dispuesto que sucediera el hijo ó hija mayor de edad; esta no sucederá mientras haya hijo varon; y hace al propósito el §. *similiter*, *de capit. qui cur. vend.*, donde se espresa que recibiéndose el feudo para los descendientes varones y hembras, se entienden llamadas estas en defecto de los primeros, de modo que la costumbre interpreta el pacto; ahora bien, siendo igual la costumbre en los mayorazgos, á tenor de la misma tambien deberá interpretarse la disposicion general del fundador, mayormente

atendida la cit. l. 2. tit. 15. Part. 2. Ademas, es principio recibido que los feudos se entienden concedidos, y los mayorazgos fundados con arreglo á su naturaleza propia, mientras la irregularidad no se pruebe, Bald. en el §. ult. *quid sit invest.* Añad. Juan Cirier. tratado del derecho de primogenitura, lib. 1. cuest. 19. y Guid. Papa decisiones *del Delfinado*, decis. 516.

De lo dicho puede inferirse que si el Rey autoriza la creacion de un mayorazgo á favor del hijo ó hija que se eligiere, no podrá llamarse ninguna de las hembras, mientras existan varones; v. §. *quin etiam*, *Episcopum vel abbatem*, cap. 1. *de eo qui sib. vel hæred. suis*, y Paul. de Castr. en la l. 41. §. 4. D. *de legit. hæred.*

Supóngase que la autorizacion es para fundar mayorazgo á favor de uno de los hijos varones, y que en virtud de la misma fue llamado el primogénito, quien no dejó mas que una hija ¿en este caso sucederá la hija ó el hermano del primer llamado? Parece á primera vista que debe ser escluida aquella, pues que la cláusula de la autorizacion que se concreta á los varones debe entenderse repetida en cada uno de los llamamientos: empero arguyen lo contrario, las ll. 1., 3. §. 4., y l. 5. D. *de assign. libert.*, junto con la Glos.

Qué dirémos si el fundador del mayorazgo llamó á los descendientes por línea de varon en varon ¿en falta de estos podrá suceder al mayorazgo una hembra? Así parece, si aquel se propuso la perpetuidad de la sucesion, y hace al propósito la cit. l. 10. D. *de legit. hæred.*, junto con lo anotado allí por Bart.: empero, si no consta semejante propósito, parece que los bienes quedarán libres en el último varon, arg. l. 78. §. 3. D. *de leg.* 2. y allí Bart.

Si la escritura de fundacion llama esclusivamente á los varones, ¿podrá ser admitida una hembra, si aquellos fueren incapaces de suceder? Bald. en la l. 4. C. *de lib. præt.*, col. 5. promueve esta cuestion sobre un caso análogo; y concluye que cuando por estatuto el hermano escluya á la hermana, se entenderá bajo el supuesto que aquél sea capaz de suceder; véase al cit. D., y añad. l. 2. §. 8. D. *ad Tertull.*, y l. 1. §. 4. D. *de conj. cum emanc. liber. ej.* y en entrambas Bart., la nov. 22. §. *soluto*, y Dec. cons. 383., col. 2., 3. y 4.

Supóngase que en la escritura de fundacion se prevenga que faltando los varones, suceda al mayorazgo la hembra ¿se entenderá de la primogénita ó de la que el poseedor eligiere? Bald. en el cap. 1. §. *et quia vidimus*, *de his qui feud. dar. poss.* parece decidir esta cuestion, relativamente á los feudos: á favor de la primogénita alega la l. 63. D. *de verb. oblig.*; dice argüir por la libre eleccion del dueño del feudo la l. 8. §. 3. D. *de leg.* 2.; cita la l. 31. D. *de manum. testam.* como argumento de que en semejante caso la incertidumbre viciará el feudo, y la l. 2. C. *quand. et quib. quar. pars debeat*, como prueba de que la suerte deberia dirimir la cuestion: por fin concluye que si la primogénita sucede en los demas bienes, sucederá tambien en el feudo, y añade que de otra parte al señor corresponde la eleccion del vasallo. Empero tratándose de mayorazgo, creo que sin distincion de casos se entenderá llamada la primogénita, atendida la l. 2. tit. 15. Part. 2. y lo que allí dije: no militan en el mayorazgo las mismas razones que en el feudo.

En el supuesto que la autorizacion real fuese para fundar mayorazgo en uno de los hijos varones, y que así se verificara llamando á los descendientes del mismo por órden de primogenitura, y en falta de estos otro hijo varon ó sus descendientes, sin disponer que las hembras no sucedieran; y añadiendo ahora que el primer llamado no dejó mas que una hija, ¿sucederá ella, ó será preferido su tio? Parece á primera vista que el tio debe tener la preferencia, suponiendo que la cláusula de la autorizacion referente á los varones se entiende repetida en todos los llamamientos, y esta parece haber sido la intencion del Príncipe. Sin embargo arguyen lo contrario las ll. 1., 3. §. 4. y l. 5. D. *de assign. libert.*, junto con la Glos., donde hallamos, que si bien al principio la asignacion del liberto debe dirigirse á un hijo que esté bajo el poder patrio del patrono, sin embargo á este hijo le sucederá como por derecho de primogenitura su hijo mayor, aunque sea emancipado, escluyendo á su tio: ademas vemos que la condicion puesta en la institucion no se entiende repetida en la sustitucion, l. 73. D. *de hæred. instit.*; y por fin, como llevo dicho, la esclusion de las hembras es materia odiosa, y de consiguiente la interpretacion debe ser en este punto restrictiva: fundado en esto decide Juan de Anan. en el cons. 22. que la circunstancia de la masculinidad puesta en una de las cláusulas del testamento, no se entenderá repetida en otra, donde se llame simplemente á los hijos. V. Jas. en la l. 17. pr. D. *de leg.* 1., col. 1.

Supongamos que por la cláusula de fundacion no pueda suceder la hembra, mientras exista varon, aunque este descienda por la línea masculina; añádase que el poseedor del mayorazgo dejó su muger embarazada y dos hermanas de las cuales la mayor no tenia hijo varon, pero sí la menor, y que la muger parió el hijo muerto, habiendo antes fallecido el hijo varon de la hermana menor; en es-

te caso quién sucederá al mayorazgo? Parece que el derecho está á favor de la hermana mayor, porque no se encuentra varon alguno que la escluya, y arg. l. 8. §. ult. D. *de suis et legit. hæred.*, y l. 1. §. penult. D. *ad Tertyll.* Ahora, si en la realidad la muger del último poseedor no estaba embarazada, parece que deberá suceder la hermana menor, como mas inmediata de su hijo varon al cual de derecho pasó el mayorazgo, arg. l. 3. §. 10. D. *de suis et legit. hæred.*, hace al propósito la l. 32. §. 6. D. *de leg.* 2. y lo que dice Socin. en la l. 19. D. *de reb. dub.*, col. ult. vers. 6ª *et ultima conclusio*, y en el cons. 49., vol. 1.

En el mismo caso de ser llamada la hembra en defecto de varones, supóngase que el poseedor del mayorazgo, teniendo un hijo y una hija, cayó en poder de los enemigos, que dicho hijo tuvo una hija durante el cautiverio de su padre, que murió dejando dicha hija, que posteriormente de la del poseedor cautivo nació un hijo, y que hallándose las cosas en este estado falleció dicho poseedor en el cautiverio: en este caso sucederá al mayorazgo la hija del hijo, ó el hijo de la hija? Parece que el derecho está por la primera, porque presumiéndose muerto el poseedor en el instante inmediato anterior al cautiverio, l. 28. D. *de vulg. et pupil.* y l. 18. D. *de capt. et posth. revers.*, el hijo sucedió entonces por la ficcion del derecho, y como no habia nacido el hijo de su hermana, cuando él falleció, es evidente que trasmitió el mayorazgo á su hija, á la que no pudo quitárselo un varon que sobrevino despues, arg. l. penult. D. *de suis et leg. hæred.*, por la que tambien puede argüirse á favor del hijo de la hermana: empero, tenemos por mas acertada la primera conclusion, tanto por lo que llevamos dicho, como atendidas las ll. 40. y 45. *de Toro.*

Cuando en la escritura de fundacion se leyere; *escluyo á las hembras, porque por ellas se pierde la memoria de la familia, pasando á formar parte de familias estrañas*, ¿sucederá la que al tiempo de deferirse el mayorazgo estuviere casada con persona de la familia del fundador y que lleva su apellido? Asi parece, pues que cesa entonces el motivo de la esclusion, arg. l. 77. §. 20. D. *de leg.* 2. y l. 2. §. 1. C. *quando et à quib. quart. pars debeat.* De esta l. y de la l. 1. C. *de impon. lucrat. descript.*, infiere Juan de Platea en la última, que si la hija, madre ó abuela del vasallo se casa con otro vasallo del mismo dominio, sucederá al feudo, atendido que no cambia la condicion de la persona del vasallo, y sin embargo de que las hembras no suceden por punto general á los feudos: es digno de meditarse este punto.

Supongamos que el fundador del mayorazgo dejando dos ó mas hijas, y ademas su muger embarazada, dispuso que, si esta pariere varon, suceda al mayorazgo, y que de lo contrario llama á la hija mayor y á sus descendientes y en falta de estos á la hija segunda; añádase que, habiendo vivido por algun tiempo el fundador, su muger parió una hija y que haciéndose otra vez embarazada parió un hijo varon, pero cuando ya habia fallecido aquel: en este supuesto parece á primera vista que quedará invalidada la disposicion por haber sobrevenido un caso que no se habia previsto, arg. ll. 10. y 4. D. *de lib. et posth.*, y parece no obstar la l. 28. §. 2. D. d. tit., porque allí la institucion del hijo no era con referencia á determinado embarazo, segun la Glos. y Bart. en la l. 5. D. d. tit. Sin embargo parece que la intencion del testador fue llamar al hijo varon en cualquier tiempo que naciere; y viene en apoyo de esto la decision de Juan Andr. en las adic. al Spec., rubr. *de testamentis*, adicion magistral, donde dice, que si el testador instituye al hijo que nacerá se entenderán instituidos los demas que despues sobrevengan; lo que Socin. en d. l. 4. estiende á los demas póstumos de una segunda muger: esta es la opinion general de los DD. en d. l., diga lo que quiera allí Paul. de Castr. Socin. tiene por indudable la opinion de Juan Andr. respecto de los hijos nacidos de la misma muger; á nosotros tambien nos parece cierta, mientras no constare que el testador quiso referirse á determinado póstumo.

Pasemos á otra cuestion. El fundador del mayorazgo dispuso que en defecto de varones sucediera la hembra, con la condicion que se casara con persona de su mismo linage, que llevara su nombre y sus armas, á fin de que no se perdiese la memoria de dicho nombre: en este caso la hembra llamada á suceder bajo semejante condicion perderá el mayorazgo, si se casa con un estraño, aunque este adopte el nombre y las armas del fundador? Parece que conservará su derecho al mayorazgo, arg. l. 11. C. *de murileg.*, de la que infieren allí Bart. y Juan de Plat. que, si un monasterio concede un enfiteusis, con el pacto que pase á la hija del enfiteuta, si se casare con un vasallo del mismo monasterio, infieren, digo, que esta sucederá al enfiteusis, aunque tome por marido un estraño, si este consiente en sujetarse á la jurisdiccion del monasterio. Ademas, toda disposicion debe interpretarse á tenor del objeto que tuvo el testador, l. 77. §. 20. D. *de leg.* 2.: ahora bien, el objeto queda satisfecho, aunque la hija llamada al mayorazgo se case con un estraño, si este consiente en llevar el nombre y las armas del fundador; tanto mas, cuanto no hubiera po-

dido negársele el derecho, casándose con un cognado de este, porque tambien los cognados se reputan del mismo linage, segun Bald. en la l. 1. D. *de probat.*, Paul. de Castr. en la l. 1. C. *de condit. insert.*, Dec. cons. 223. y Bart. en la nov. 74. cap. 1.; y sin embargo los que suceden por línea femenina, forman parte de distintas familias. Asi pues, dirémos que en el caso en cuestion el fundador no tuvo á la vista la agnacion verdadera, y sí solo la conservacion del nombre, lo que se consigue tomándolo un estraño, junto con las armas. Ademas, el fundador pudo únicamente referirse á una persona capaz, legal y decorosamente de contraer matrimonio con la hija, l. 63. D. *de condit. et demonstr.*, y Bart. y Plat. en la l. 7. C. *de murilegul.*; por lo que, debiendo hallarse esta persona mas allá del cuarto grado, se infiere que el fundador no tanto miró por su linage, como por la conservacion del nombre, l. 73. D. *ad Trebell.* Sobre estos cambios de apellidos y armas, véase Guill. Bened. en la repet. al cap. *Raynussius*, *de testam.*, pr. fol. 8. y 9.

Dado que por la escritura de fundacion, la hembra transversal sea escluidá por el varon, aunque descienda por línea femenina, si sucediere fallecer el poseedor del mayorazgo, dejando su muger embarazada, y ademas un hermano y una hermana, y que aquella abortó, habiendo muerto antes el hermano dejando una hija, y al mismo tiempo la hermana dejando un hijo, parece que este deberá suceder, atendido que, habiendo fallecido su tio, mientras la sucesion estaba en duda, no pudo transmitir su derecho á la hija: hace al propósito la l. 84. D. *de acquir. hæred.* y allí Bart. col. 2.

Supóngase que las hijas esten escluidas, mientras haya hijos varones, y que el abuelo poseia un mayorazgo de esta clase, teniendo dos hijos, el mayor de los cuales murió en la guerra, dejando una hija: en semejante caso parece que sucederá esta hija del primogénito, arg. l. 1. C. *de fil. offic.* y allí Juan de Plat.; pues que los que mueren por su rey se entiende que viven por la gloria: asi pues, dicha hija parece que sucederá á su mismo padre, cual si en el acto de deferírsele el mayorazgo falleciese. Sin embargo, parécenos algo arriesgado separarse por medio de semejante ficcion del tenor de las cláusulas del mayorazgo.

En el supuesto que el fundador llamando á un hijo, hubiese espresado querer que los bienes del mayorazgo quedaran siempre en la familia, y que los dejare al mas inmediato; podrá este hijo primer llamado, en el caso de no tener hijos, dejar el mayorazgo á un hermano, con preferencia á una hermana? Asi parece, arg. l. 4. C. *de fideicom.* y allí Bart. Sin embargo opino lo contrario, atendido que la intencion del fundador era que el mayorazgo fuese perpetuo, pues que dispuso que quedara siempre en la familia: ahora, no mediando esta cláusula, ni otra equivalente, podrá tener aplicacion la cit. l. 4.; pero no de otra suerte, porque el hermano es el mas cercano, segun derecho, porque es llamado por el testador y por la disposicion de la ley, arg. l. 32. §. 6. D. *de leg.* 2. y añad. Paul. de Castr. en la l. 21. C. *de procur.*

Supóngase que el fundador, de acuerdo con la ley de Toro, dispuso, que en la sucesion del mayorazgo los nietos varones hijos del primogénito fuesen preferidos á su tio, aunque aquel premuriese; empero no las hijas de dicho primogénito: añádase ahora, que un poseedor de semejante mayorazgo lo renunció en vida á favor de su hijo mayor, el cual fallece despues dejando una hija, y viviendo su abuelo y un tio: pregúntase quién sucederá al mayorazgo. La decision pende de si es ó no válida la renuncia en perjuicio de los llamados á suceder: si lo fuere, deberá suceder la hija, atendido que era llamada en defecto de hermano varon: si dicha renuncia es nula, sucederá al mayorazo el otro hijo del renunciante, arg. l. 77. §. 10. D. *de leg.* 2., l. 114. §. 11. D. *de leg.* 1., lo anotado por Bart. en la l. 67. §. 5. D. *de leg.* 2. y Bald. en la l. 12. C. *de fideicom.*

Supóngase que el poseedor de un mayorazgo, de cuya sucesion son escluidas las hembras, tiene una hija y de ella un nieto varon y ademas un hermano: en este caso se suscitará cuestion entre el nieto y el hermano del último poseedor, pretendiendo entrambos tener derecho á suceder: se apoyará el hermano en que es el mas próximo pariente, pues que, segun derecho canónico se halla en primer grado, mientras que el nieto está en el segundo: este dirá que debe ser preferido por ser de la línea descendiente, y por lo mismo mas cercano pariente respecto del abuelo, segun esta l. de Part. y la auth. *in successionem*, C. *de suis et legit. hæred.*; debiendo entenderse que el fundador del mayorazgo se conformó con el derecho comun al llamar al varon mas cercano, Bald. en la l. 2. C. *de condit. insert.* y Bart. y los DD. en la l. 57. §. 1. D. *ad Trebell.*; dirá tambien que habiendo entrado el mayorazgo en la línea de su abuelo, no debe salir de ella, mientras exista un varon de la misma, cap. un. *de duob. fratr. à capit. invest.* y cap. 1. *de nat. succes. feud.*; y alegará en fin la l. 40. de Toro, la que dispone que el nieto sea preferido á su tio, asi en la sucesion de los transversales, como en la de los ascendientes. Esta cuestion

parece decidirse por Bald. en la auth. *cessante*, C. *de leg. hæred.*, vers. *unde facit ad quæstionem*, donde dice, que si la costumbre escluye á la hija de la sucesion á la baronía, y el último poseedor dejó hermanos y nietos de una hija difunta, no se admitirá al nieto, porque viene en representacion de su madre; empero sí seria admitido, añade, cuando no hubiese hermanos ni hijos de estos, porque entonces no hay que atender á la persona de la que desciende, segun Jacob. de Rav. y Cyn. Fúndase pues Bald. en que en el caso de la cuestion el nieto no puede decirse pariente mas cercano, sin que se presente representando á su madre, la que se halla escluida, de ahí es que le admite cuando es en realidad el mas cercano por su propia persona, esto es, sin recurrir á la representacion. A lo alegado por el nieto puede contestarse que aqui no se trata de sucesion del abuelo y sí de la del fundador, el cual tuvo á la vista todos sus descendientes prefiriendo unos á otros, segun la proximidad de grado, cap. 1. *de eo qui sib. et hæred. suis masc. et fœm.*; ahora, como tambien es descendiente de dicho fundador el hermano del último poseedor, no pueden aplicarse, ni esta ley, ni dicho cap. 1. *de duob. fratr.*, ni la cit. auth. *in success.* Tampoco obsta la ley de Toro, la que tan solo es aplicable al caso que tuviera derecho de suceder la persona en cuyo lugar se coloca el nieto por derecho de representacion. Sin embargo, es digna de detenido exámen esta cuestion interesante y difícil, mayormente si se atiende que el hermano y el nieto del último poseedor se hallan respecto de este en igual grado, segun la computacion civil, la que rige en las sucesiones, l. 3. tit. 6. Part. 4.: ademas Alber. en la auth. *post fratres*, C. *de legit. hæred.*, despues de haber referido la opinion de Cyn. y Jacob. de Raven., añade que, si bien el nieto viene en representacion de su madre, no es como hembra, sino en calidad de varon; y alega lo que dijo sobre una cuestion semejante en la auth. *itaque* al fin, C. *comm. de succes.*: en efecto, admitido este principio tendríamos en el nieto igual proximidad y el mismo sexo, ademas de hallarse en la línea en que el mayorazgo habia entrado; asi pues la equidad pareceria estar á favor del mismo.

Si el fundador del mayorazgo llamó á los varones con preferencia á las hembras, y á estas en defecto de los primeros, ¿los varones que desciendan por línea femenina escluirán á las hembras? Parece que no, si se atiende á lo que dije al principio de esta glos., á saber, que las cláusulas sobre preferencias de esta naturaleza deben interpretarse restrictivamente, como odiosas: deberémos pues entender que el fundador tuvo por objeto la conservacion de la familia, objeto que no se consigue por medio de los descendientes por línea femenina, aunque sean varones; y de consiguiente que la cláusula equivale al llamamiento de los agnados y en defecto de ellos á las hembras: viene en apoyo de esto el Spec., tit. *de locato*, §. *nunc verò aliqua*, vers. 146., donde dice, que si uno recibió un enfiteusis para sí y sus hijos varones, debe esto entenderse únicamente de los varones descendientes de varon, y no de los que desciendan por línea femenina, aunque sean varones; y asi opina tambien Paul. de Castr. en la l. 29. §. 11. D. *de liber. et posth.*, col. ult. Hace tambien al propósito lo anotado por Bald. en el cap. un. *an agnat. vel fil. defunct.*, col. ult., vers. *extra quæro*, donde dice que, disponiendo la ley, que los agnados escluyan de la sucesion á las hijas, el nieto nacido de hija no escluirá á su tia, pues que no es agnado; y si bien Justiniano consideró los cognados á semejanza de los agnados, no obstante no son enteramente idénticos, porque la semejanza no es identidad, l. 32. D. *depos.*: ahora bien, por la semejanza no procede el argumento, mayormente debiendo resultar escluida una hembra contra el derecho natural: añade Bart. haberse fallado de esta suerte en Bolonia. Empero, parece probar lo contrario el cap. 1. *de eo qui sib. et hæred. suis masc. et fœm.*, donde se declara que concedido el feudo á los varones y en falta de ellos á las hembras, el varon nacido de una hija escluirá á su tia: y no se diga que esto es especial en los feudos, atendido que la hembra no puede prestar los servicios que le son inherentes; pues que, como dice Pedr. de Anch., cons. 359., la disposicion del cit. cap. no estriba en circunstancia alguna peculiar á los feudos, sino que es una interpretacion de los jurisconsultos, como allí se espresa, relativa al caso en cuestion; y no puede hallarse razon de diferencia en el supuesto que, en virtud de pacto, sean las hembras capaces de suceder al igual de los varones, no obstante que estos ocupen un lugar preferente en el órden de suceder, segun la interpretacion de los jurisconsultos, arg. l. 118. D. *de verb. oblig.* y cap. *inter corporalia*, *de translat. Episc. vel elect.* A la verdad esto parece mas conforme con la intencion del fundador en el caso de que se trata, en que simplemente dió preferencia á los varones, como dicen Pedr. de Anch. en el cit. cons., y Paul. de Castr. en la l. 1. pr. C. *de condict. insert.*: ademas, la mayor parte de mayorazgos comprenden villas y castillos con la jurisdiccion, cuya circunstancia hace presumir que el testador al postergar las hembras tuvo principalmente á la vista la fragilidad de

su sexo, como dice el mismo Anch., cons. 329., y que prefiriendo á los varones consideró tan solo esta calidad, prescindiendo de si descendieran ó no por línea femenina, Socin. en la l. 29. §. 11. D. *de lib. et posth.*, col. ult., vers. 3. *deciditur*, y allí tambien Claud. col. ult. A lo que dice el Spec., lug. arriba cit., contéstese con Paul. de Castr. en d. l. 1. y en la l. 10. §. 5. D. *de in jus. voc.* y con Anch. y Flor. en el cit. cons. 369.

Fundado un mayorazgo llamando á un hijo y á sus descendientes varones, y caso de no tenerlos, á la hija hermana del primer llamado; si esta falleciere despues de su padre dejando un hijo varon, y despues el primer llamado dejando una hija, parece que el hijo de la hija del fundador deberá suceder, segun lo anot. por Bald. en el §. *filia verò* al fin, *de success. feud.*

Si el fundador en los llamamientos no habló mas que de los varones, se entenderá haber escluido las hembras, mientras exista alguno de aquellos? Asi parece, arg. l. 63. D. *de cond. et demonstr.*, y esta es la opinion de Bart. en la l. 102. D. d. tit. vers. *quæro dicit testator*, opinion generalmente aprobada, segun atestigua allí Socin. chart. 9., col. 2.; hacen al propósito la l. 11. al fin C. *qui pot. in pign.* y allí Bald., la l. 1. D. *de leg.*, la l. 12. D. *de jud.* y la l. 9. C. *de testam. mil.* Adviértase que los varones, aunque sean de línea distinta, serán preferidos á las hijas del último poseedor, atendido que, en la cláusula de fundacion ocupa el primer lugar la generacion masculina: asi lo deciden Paul. de Castr. cons. 300. vol. 2. y Gasp. Calder., segun se lee en Bald. cons. 137., vol. 2., donde dice, que dándose la preferencia al sexo ó á la línea, la persona de diferente línea ó sexo, aunque mas cercana, no impedirá que suceda el de la línea ó sexo preferido, aunque sea mas remoto. Sin embargo, este punto merece que nos detengamos en él un momento. Fundado un mayorazgo, llamando el fundador simplemente á sus descendientes cual los de otra persona, serán sin distincion admitidos los varones y las hembras, atendiéndose á la prioridad de grado y en los de un mismo grado al sexo, Pedr. de Bella Pertic. en la l. 38. §. 5. D. *de leg.* 3., Bald. en la l. 9. D. *de stat. hom.* y l. 2. tit. 15. Part. 2.: lo mismo tendrémos, cuando el fundador llamare espresamente los varones y las hembras, pues que se presume haberse conformado con el derecho comun, Bart. en la l. 57. §. 1. D. *ad Trebell.*; así como en el supuesto que en cada uno de los grados haya llamado al varon y á la hembra. Ahora, si llamare á un hijo suyo varon y á sus descendientes varones, entonces el varon, aunque sea en grado mas remoto, escluirá á la hembra; porque es claro que semejante disposicion tiende á conservar el mayorazgo en los agnados, Juan Andr., citando á Jacob. de Aren., adicion al Spec. tit. *de success. abintestat.* y en la rubr. *de testamentis*, citando la disput. de Ricard. Malumb., Cyn. y Salic. en la l. 1. C. *de adult.*, Bald. en la l. 4. C. *de lib. præt.* y en la l. 14. D. *de leg.*, Imol. en la l. ult. D. *de hæred. instit.*, Socin. en la l. 29. §. 11. D. *de liber. et posth.* el mismo D. cons. 90., vol. 1., cons. 12. y 62. vol. 3., cons. 73., vol. 4., cons. 6. num. 12. y cons. 57. col. 3. vol. 3. Car. Ruin. cons. 139., vol. 3., cons. 150. y 12. vol. 2., Curs. el mayor cons. 40., Dec. cons. 545. num. 6. y cons. 372., num. 4. y Jas. cons. 140., vol. 2. Lo dicho tiene lugar; aunque sean espresamente llamadas las hembras en defecto de varones, segun el cap. 1. *de eo qui sib. et hæred. suis*, cuyo cap. no estriba en circunstancia alguna peculiar á los feudos, y sí en la presunta voluntad del disponente, la que se deduce del hecho de preferir los varones, Pedr. de Anch. y Flor. cons. 359.: en efecto, habiéndose hecho de ellos mencion especial separándolos de las hembras, es evidente que hubo la intencion de ceñirse á la agnacion rigurosa, al efecto de conservar la familia. Ademas, cuando se habla separadamente de los varones y de las hembras, el género masculino no comprende jamás al femenino, como dice Bald. en la l. 9. D. *de stat. hom.*, arg. l. 41. §§. 4. y 5. D. *de vulg. et pupil.* y l. 7. D. *de jurisd. omn. jud.* Lo mismo dirémos, aun cuando la voluntad del fundador no sea tan espresa, si del tenor de algunas cláusulas, ó de otras conjeturas puede deducirse que su intencion fue la que hemos indicado; porque lo que se presume en virtud de semejantes conjeturas, se tiene por espreso, l. 64. al fin y l. 67. §. ult. D. *de leg.* 2., l. 11. §. 9., l. 39. pr. y l. 38. §. penult., junto con la Glos., D. *de leg.* 3., l. 35. §. 3. D. *de hæred. instit.*, l. 4. al fin, C. *de necess. serv. hæred. instit*, Bald. en la l. 1. C. *de his qui ant. apert. tab.* y en la l. 3. C. *de instit. et substit.*, Oldr. cons. 224. y Dec. cons. 397.; ademas hace al propósito lo anotado por Bald. en la l. 11. C. *de testam. milit.*, 5. oppos.

Escluidas las hembras, se entenderán tambien escluidos los varones descendientes de ellas? No cabe duda que lo serán, cuando pretendieren suceder al mayorazgo en representacion de sus madres, pues, como dice Bald. en la l. 1. D. *de senat.*, no puede hallarse en el efecto mayor fuerza ó derecho que en la causa, arg. §. *hoc autem notandum*, *de his qui feud. dar. poss.*; y de aqui infiere que, si la hija del Rey de Francia no puede suce-

der á la corona, en fuerza de una costumbre muy razonable, tampoco puede aspirar á ella el hijo del Rey de Inglaterra: hace al propósito el cap. *ad apostolicæ*, *de re jud.*, lib. 6. y lo anotado allí por Juan Andr.: añad. Bald. en la l. ult. C. *de hæred. instit.*, cuest. 25., en la l. 9. C. *de jur. delib.*, col. 5., y en la l. 4. C. *de lib. præt.*, Bart. en la l. 2. §. ult. D. *ad Tertyll.* y Juan Cyrier. en su tratado de la primogenitura, lib. 1. cuest. 23.

Si se hubiese escluido á la hembra, podrá no obstante suceder, cuando no existan varones? Esta es cuestion muy agitada, tanto por lo que mira á las herencias, como respecto de los feudos: por lo que toca á las primeras, la tratan Bart. en la l. ult. D. *ad Tertyll.* y Bald. en la l. 7. C. *de secund. nupt.*; y en cuanto á los feudos, Andr. de Isern., Bald. y otros en el cap. 1., §. *quin etiam*, *Episc. vel abb.*: la opinion mas general parece ser que, una vez escluida la hembra por la existencia de varon, se entenderá perpetuamente escluida, arg. d. §. *quin etiam*, segun la inteligencia que le da Andr. de Isern.: á no ser que del tenor de la fundacion ó investidura pudiese deducirse que la esclusion era limitada al caso que existieran varones, d. cap. 1. *de eo qui sib. et hæred. suis masc. et fœm.*, junto con lo allí notado: esta dice ser la opinion generalmente seguida Socin. cons. 92., vol. 1., col. 10. dud. 4.: adhiérese á ella Franc. Curs. en su tratado de los feudos, parte 3. cuest. 17., vers. 2. *limitate.* Adviértase, que el que una vez ha sido escluido, como indigno, en ningun tiempo tendrá derecho á la sucesion, v. l. 3. §. 9. al fin, D. *de bon. libert.* y l. 77. §. 27. D. *de leg.* 2.: empero el que en uno de los llamamientos no se le dió lugar, podrá ser admitido en virtud de otro, aunque quedara escluido del primero por ingratitud, v. l. 42. pr. D. *de bon. libert.*

Si el sucesor inmediato á un mayorazgo es escluido por sentencia ó prescripcion, parece que tendrá derecho á reclamarlo, si su contrario le enagena, ó de otra suerte pierde la posesion del mismo, arg. l. 9. D. *de re milit.*, Juan de Plat. en la l. un. C. *quib. ad conduct. præd.*, l. 122. §. 6. D. *de verb. oblig.* y cap. 2. *de renuntiat.*: asi pues, si uno perdió el mayorazgo por causa de enagenacion, será admitido, si otra vez vacare, y se encuentra ser el pariente mas cercano, cap. un. *de eo qui fin. fec. agnat.*, Bald. en d. cap., en el §. *præterea*, *quib. mod. feud. amitt.* y en el §. ult. *si de feud. fuer. controv. int. dom. et agnat.* y el mismo Bald. y la Glos. en el cap. 1. *Imperator. Lotharius.*

Si la hembra fuese admitida al mayorazgo por no existir varon, será desposeida, si despues naciere alguno? Contestarémos negativamente con Jacob. de Bellovis, Nicol. de Neapol. y Bald. en d. cap. 1. *de eo qui sibi vel hæred. suis*, donde sostienen en oposicion con Andr. de Isern., relativamente á los feudos, que una vez puesta en posesion la hembra, no será escluida por persona alguna, porque el dominio por su naturaleza es perpetuo, una vez adquirido, l. 16. C. *de probat.*: la misma opinion sostiene Franc. Curs. en su tratado de los feudos, part. 3. cuest. 28.

Cuando la hembra hubiese sido escluida en uno de los grados, se entenderá serlo respecto de todos los llamamientos á la sucesion del mayorazgo? Toqué mas arriba esta cuestion, la que, para tratarla debidamente exigiria largo espacio: diré en este momento que, si la esclusion de las hembras se verifica al hacerse el llamamiento de los que se hallan en cierto grado, se referirá únicamente á este grado, arg. l. 3. §. 2. D. *de liber. et posth.* y nótalo la Glos. en la l. 1. C. *de lib. præt.*; empero, si se hallare dicha esclusion en una cláusula concebida en términos absolutos, parece que deberá referirse á todos los grados y á todos los llamamientos, arg. d. l. 3. §. 2., l. 30. pr. D. *de leg.* 1., l. ult. D. *de reb. dub.*, cap. 2. *requiris* y cap. *inquisitioni*, *de appell.*; ya esté dicha cláusula al principio, ya en medio, ya al fin de la escritura, como se infiere de los citados textos; véanse los DD. Si el padre autorizado con licencia real para fundar un mayorazgo en uno de sus hijos, recibiere cierta cantidad de uno de ellos por crear á favor del mismo un mayorazgo; parece que en este caso no estará en sus facultades escluir á las hembras, arg. de lo anotado por Bald. en el §. penult. al fin, *de his qui feud. dar. poss.*

Hé aqui otra cuestion que ví agitada en el foro, á saber, si caben facultades al rey para disponer por medio de rescripto ó privilegio que las hembras sucedan con esclusion de los varones, á un mayorazgo del cual estuvieren ellas escluidas. Dejando aparte los argumentos que se produjeron, distinguirémos en esta materia algunos casos. Si el mayorazgo se fundó por via de donacion, por contrato, ó por otro medio de los que el derecho de gentes reconoce, como títulos traslativos de dominio, sin necesidad de autorizacion alguna del príncipe; parece que á este no le caben facultades para modificar la cláusula de fundacion, toda vez que no las tiene para derogar el derecho natural ó de gentes, pues que es inmutable, Instit. §. 11. *de jur. nat. gent. et civ.*: y por punto general el rey, aun cuando obre en uso del lleno de sus atribuciones, no puede quitar sin justa causa á un súbdito el dominio ú otro derecho adquirido, siempre que la adquisicion provenga del derecho natural ó de gentes; esta es la opinion

general de los DD., en el cap. *quæ in Ecclesiarum, de constit.*, y asi se dispone en la l. 31. tit. 18. Part. 3. y en la l. 2. tit. 1. Part. 2. El derecho de primogenitura y la espectativa respecto de un fideicomiso, se consideran como deferidos y adquiridos, se transmiten por el que los tiene y se les da un valor, como dice bellamente Juan Andr. en las adic. al Spec. en la rubr. *de los feudos*, en la cuestion aquella *patrui et nepotis*, y antes que él Oldr., cons. 94.; de ahí es que el rey no puede dar al hijo segundo la corona, cuando por costumbre, ó por disposicion de los fundadores pertenece al primogénito, Juan Andr. en el cap. *licit, de vot.*, y Abb. en el cap. *intellecto, de jurejur.*, col. 2., donde dice que los reyes no pueden escluir los consanguíneos descendientes por la línea paterna, segun Inoc. en el cap. *grandi, de supp. neglig. Præl.*, lib. 6., y asi opinan tambien Jas. en la l. 55. D. *de leg.* 1. y Juan Cyrier. en su tratado de la primogenitura, lib. 3.: por lo último, véase al cit. Dr. y medítese este punto.

Si el mayorazgo recibió su fuerza de la licencia real, por ser ella necesaria, á causa de haberse gravado la legítima de los hijos; entonces parece que el rey es árbitro de modificarlo, llamando á las hembras y á sus descendientes, en el supuesto que estos y aquellas hubiesen sido escluidos: asi se deduce de lo anotado por Bald. en la l. 3. C. *und. lib.* col. 6., donde asienta que es peculiar del príncipe la facultad de revocar, aunque sea sin causa, el privilegio que ha concedido, y aun cuando un tercero hubiese adquirido derecho. A lo menos esto procederá en perjuicio de aquellos á quienes el mayorazgo aun no se habia deferido, segun lo anot. por Abb. en el cap. *novit. de judiciis*, donde dice que si el privilegio real tiene tracto sucesivo respecto de cosas ó personas, será revocable cuando menos respecto de las personas ó actos venideros; y dice tambien Paulo de Cast. en la l. 7. C. *de prec. imperat. offer.* que, con menos dificultad se denegará al Príncipe la facultad de revocar de las donaciones que que hubiese hecho, que la de privar al súbdito de los derechos que por otro título hubiese adquirido: ademas Ang. en la l. 11. D. *de evict.* opina que el príncipe puede quitar un derecho de cuya adquisicion fue él la causa por su mera voluntad; asi es que, segun él, el príncipe podrá privarnos de lo que hubiésemos adquirido á título de prescripcion, pues que del príncipe dimana ese título. Lo mismo opina Bald. en la l. ult. C. *sentent. resc. non pos.*, col. pen. ver. *sed immediatè oppone*, distinguiendo á la par de Ang. entre las adquisiciones de derecho de gentes y las que emanan del derecho civil, cual las que son resultado de un juicio, ó sentencia. Si bien esta decision puede ofrecer alguna dificultad en el supuesto de haber un derecho plenamente adquirido; no admite duda en el caso que el príncipe quitare, aunque sin causa un derecho de adquirir fundado en sus mismas disposiciones; por ej., si á los sucesores abintestato les priva del derecho de adir, derecho que emana de la ley civil, d. l. 130. D. *de verb. signif.* y Felin. en d. cap. *quæ in Eccles.*, col. 18. vers. 5. *declaratio.* Ademas, en semejante caso el príncipe no quita directamente un derecho á persona alguna, sino que mas bien hace desaparecer el impedimento que hallaba otra persona para adquirirlo, atribúyele á esta la capacidad, y en este caso la disposicion del príncipe se sostiene, aunque sea dictada sin causa, arg. l. 3. D. *de natal. restit.* En estos mismos términos y sobre cuestion semejante en materia feudal, decide Franc. Curt., cons. 1. al principio de su tratado de los feudos, col. 10. No obsta lo que dice Rodr. Suar. al principio de sus Repet. á la l. 32. D. *de inoff. testam.* y á la l. 11. D. *de transact.*, á saber, que aun cuando los bienes se hayan vinculado en virtud de licencia real, no pueden considerarse dichos bienes como donacion hecha por el príncipe, de suerte que el padre no tenga en ellos usufructo: esto es muy cierto por lo que mira á la cuestion de que trata el cit. intérprete, pero en nada se opone á lo que llevamos dicho.

Para la cuestion de que nos ocupamos es de mucha importancia que el mayorazgo y los vínculos que contenga hayan recibido su fuerza de la autorizacion real: en efecto, dada esta circunstancia parece que el príncipe podrá revocar, ó cuando menos, modificar su concesion, respeto de aquellas personas que debieran suceder; por mas que los bienes no se consideren como donados por él mismo, arg. l. 7. C. *de bon. quæ liber.*; pues que, el título de los futuros fideicomisarios y de los sucesores al mayorazgo proviene de concesion real. Esto tendrá lugar, cuando no quepa duda de que la intencion del príncipe fue perjudicar á dichos sucesores usando del lleno de sus facultades; pero no cuando su voluntad no es bien esplícita en este punto: asi pues, aunque el rey dispusiere que las hembras y sus descendientes sean admitidos, *no obstante qualquier mayorazgo que otra cosa prevenga*, no bastará semejante cláusula, si el mayorazgo fuese de aquellos que pudieron crearse sin licencia real; entendiéndose que el príncipe se refirió á los de esta clase: en general, cuando un privilegio entendido latamente perjudicara al derecho de tercero, se reduce á los términos de las leyes comunes, aun cuando de

tamento, ouiesse hermanos (7), o otros parientes propincos de la liña de trauiesso. Pero dezimos, que quando algun ome muriesse sin testamento, dexando un fijo con nieto, fijo de algun su otro fijo, o de fija, que fuessen ya muertos amos a dos; el fijo, e el nieto (8) heredaran la heredad del defunto egualmente (9). E non empesce al nieto, porque el tio es mas propinco (10) del defunto, porque aquella regla de derecho que dice: Que el que es mas propinco de aquel que fino sin testamento, deue auer los bienes del, ha logar, quando el finado non dexa ningun pariente de los descendientes (11). Otrosi dezimos, que si estos nietos fuessen muchos, nascidos de vn padre, todos heredaran en logar del padre con el tio,

esta suerte no deba producir efecto, arg. l. 35. C. *de inoff. testam.* y allí Bald.; y hace al propósito el que toda disposicion general se interpreta de manera que no perjudique á lo que pende de un testamento, Glos. y DD. en la l. 35. D. *de pact.*, Bart. en la l. 122. §. 6. D. *de verb. oblig.*: ademas parece ser indispensable que el príncipe se halle enterado de las cláusulas del testamento, sobre el cual dispone, ll. 6. y 12. D. *de transact.* Partiendo de estos principios decide Socin., cons. 282., vol. 2., ser nulo el laudo acerca de un legado de cierto testamento, á pesar de que en el compromiso, por medio de palabras generales se habia hecho mencion de las mandas contenidas en aquel y en los codicilos; pues que, dice, semejantes palabras no suponen noticia y ciencia cierta, como advierte Bald. en d. l. 6. 2. lect., y Ang. en la l. 4. D. *de opt. leg.* y en la l. 13. C. *de non numer. pecun.* fundándose en el mismo testo. Ademas, parece ser indispensable la citacion del sustituto ó fideicomisario, en el caso que el príncipe tratase de perjudicarles, asi opinan Anchar. cons. 427., Felip. Dec. cons. 284., col 5. y Socin. cons. 246; col. 4. y 5. vol. 2.: si bien que esto tal vez no será indispensable en aquellos casos en que el príncipe puede perjudicar al derecho de tercero, mientras conste que esta fue su voluntad, como dice Curt. en d. cons. col. 12. y 13.

Si el príncipe usare de este poder, haciendo llamamientos distintos de los que contiene la escritura de fundacion, las personas que en virtud del rescripto sucedan poseerán los bienes como libres, ó en calidad de amayorazgados? Parece que los adquirirán á título de mayorazgo, arg. l. 2. C. *de fund. rei priv.*, y allí Juan de Plat.

En el mismo supuesto de un mayorazgo creado con licencia real y con la condicion que, aun cuando cualquiera poseedor incurriese en el crímen de lesa magestad, no se confiscasen los bienes, sino que pasaran al siguiente en grado; y dado que posteriormente y tambien con autorizacion real se hubiese creado nuevo mayorazgo con parte de las fincas del antiguo, bajo condiciones no enteramente iguales á las de este, y en particular con la condicion que, si el poseedor cometiese el crímen de lesa magestad, perdiera el mayorazgo, pero sin espresarse á quien deberia pasar en tal caso, pregúntase, si se confiscarán los bienes, ó bien volverán á incorporarse al mayorazgo primitivo, en el supuesto que por uno de los poseedores se cometiere dicho crímen. Véase sobre esta cuestion el final de la glos. 33. del tit. 11. de esta Part.

(7) Concuerda con la nov. 118. cap. 1.

(8) El grado no desaparece para la sucesion, pues que el nieto viene á ocuparlo en representacion de su padre, segun Bald. en las ll. 1. y 7. C. *de secund. nupt.*, de lo que infiere en d. l. 7., que si alguna ley municipal previniere que la hija dotada no sea llamada á la sucesion, quedará escluida por los hijos de un hijo premuerto.

(9) Añád. §. 6. Instit. *de hær. quæ ab instest. defer.*, y l. 3. C. *de suis et legit. hæred.*

(10) L. 1. §§. 15. y 10. D. *und. cong.* y el §. 5. Instit. *de agnat. success.*

(11) De estas palabras se infiere que en la línea descendiente se concede el derecho de representacion sin limitacion de grado, lo mismo parece probar la nov. 118. cap. 1., y asi opina Salic. en la auth. *post fratres*, al fin, C. *de leg. hæred.* Empero Ang. Aret. en el §. 6. Inst. *de hæred. quæ ab intest. defer.*, sostiene que el derecho de representacion no pasa del biznieto; apóyase en el cit. §. y dice equivocadamente que asi opina Bart. en la l. 1. §. *si quis.* D. *de suis et legit. hæred.* Si se tratare pues de la sucesion del bisabuelo, el nieto procedente de uno de los hijos y el biznieto procedente de otro hijo, serán igualmente admitidos, segun esta l. de Part. y el cit. §. 6., digan lo que quieran Montalv. en esta l. y Juan Fabr. en el cit. §. Mas, ¿qué dirémos, si el biznieto quisiere concurrir con uno de los hijos del difunto? Parece que no deberia ser admitido, pues que para serlo era preciso que viniera en representacion de su abuelo, mientras que la ley no le da al parecer este derecho y sí solo el de representar á su padre; empero nuestra ley de Part. cuando dice *ningun descendiente,* manifiesta que en cualquier grado que este se encuentre, concurrirá con el hijo del difunto: lo mismo prueba, y de un modo mas terminante la cit. nov. cap. 1.; *sic tamen*, dice, *ut si quem horum*

e auran aquella parte (12) de los bienes del auuelo, que auria el padre dellos si biuiesse. E si alguno muriesse sin testamento, e fincasse vn nieto, de vn su fijo que fuesse ya muerto, e de otro fijo, que fuesse ya finado, le fincassen tres nietos, o mas; este vno solo, tanta parte aura en la heredad del auuelo, como todos los otros (13) sus primos; porque, pocos o muchos que sean, fincan en logar de su padre, e heredan todo lo que heredaria, si biuiesse.

descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios, aut filias, aut alios descendentes in proprii parentis loco succedere, sive sub potestate defuncti, sive suæ potestatis inveniantur, tantam de hæreditate morientis accipientis partem, quanticumque sint, quantam eorum parens; si viveret, habuisset. Ademas la palabra *padres* se aplica hasta los tatarabuelos, l. 10. § 7. D. *de grad.*, y tambien hasta lo infinito, cual en la l. 4. §. 2. D. *de in jus voc.* Agréguese á lo dicho que, si el motivo de ese derecho de representacion consiste en que la proximidad no es atendible en la línea de los descendientes; no se halla razon de diferencia entre el nieto y el biznieto que vienen en concurrencia con el hijo del difunto: hace al propósito la l. 40. de Toro, la que establece, que el nieto ó cualquier otro descendiente del primogénito, sea preferido en la sucesion del mayorazgo al hijo segundo del último poseedor; y en efecto, si esto tiene lugar en los mayorazgos, deberá tambien aplicarse á las sucesiones abintestato, porque en estas y en aquellos la cuestion versa en este punto sobre el derecho de representacion. Téngase presente lo dicho, pues que Montalvo decide de otra suerte en esta l., asegurando que habiéndose agitado esa cuestion en el Consejo Real, se decidió por jurisconsultos de mucha fama que el biznieto no debia ser admitido á la herencia del bisabuelo juntamente con el hijo de este. A la opinion que llevo manifestada parece inclinarse Az. en la Sum. sobre la nov. 118. pr., donde se espresa en estos términos: «*adeò autem liberos vocat, ut si ex uno filio præmortuo sit nepos vel pronepos, una cum alio defuncti filiò vocetur.* Adviértase que la representacion de que se trata tiene lugar cuando se sucede por título hereditario, y en la legal abintestato; pero no, cuando se tratare de fideicomiso ordenado por el testador; Bald. en l. *cum ita legatur*, §.. *in fideicommisso*, D. *de leg.* 2. Dec. cons. 412. y cons. 1. num. 4. y 5. citando otros DD.: téngase esto presente, pues que Imol. en d. §. sostiene lo contrario, apoyándose en la Glos., cuya opinion seria procedente en el caso que el testador hubiese dispuesto que en la sucesion al fideicomiso se observara lo prescrito por la ley respeto de las herencias abintestato, como dice el mismo Dec. cons. 79. col. 2.: será tambien admisible cuando se tratase de un fideicomiso entre descendientes dispuesto por un ascendiente á favor de los descendientes, segun el mismo Dec. cons. 217.: de consiguiente estenderémos tambien á este caso la disposicion de nuestra l. de Part., y por lo mismo las personas á quienes se atribuye el derecho de representacion, lo tendrán, aunque sucedan en virtud de fideicomiso; pues que las palabras del testador deben interpretarse con arreglo á las disposiciones de la ley segun Bald. en la l. 8. C. *de impub. et al. substit.*, en la l. 2. al fin C. *de condict. incert.* y en la l. 38. D. *de acquir hæred.*, junto con el mismo testo. Adviértase que el que sucede en virtud de fideicomiso se entiende heredar al que lo dispuso, l. 41. §. 2. *de vulg. et pupill.*; asi es que la representacion no tendrá lugar, si el que se acoge á ella no es descendiente del testador que ordenó el fideicomiso, aun cuando lo fuere del último fideicomisario, Dec. en d. cons. Adviértase tambien que en la línea ascendiente no tiene lugar la representacion; la naturaleza misma no la admite, d. nov. **118.** cap. 2. y Salic. en la auth. *defuncto.* C. *ad Tertyll.* y en la auth. *post fratres*, C. *de legit. hæred.*: en la línea transversal no pasa de los hijos de los hermanos, l. 5. de este tit. y d. nov. cap. 2. vers. *hujusmodi.*

(12) Sucederán pues en *estirpes* y no *in capita*, segun esta l. y el cit. §. 6. Instit. *de hæred. quæ ab intest. defer.* y d. nov. cap. 1., de cuyos testos aquella se ha tomado.

(13) Concuerda con la l. 2. C. *de suis et legit. hæred.* Se observará lo mismo respecto de los hijos de distintos nietos premuertos? Agita esta cuestion Alber. en d. l. 2. y refiere que Albert. Papiens. opinaba que los biznietos en este caso sucedian por cabezas; como no concurren, añade, con otros mas cercanos que ocupen el lugar de sus padres, no debe estrañarse que no sucedan en estirpes; pues que no necesitándose en este caso del favor de la representacion, no debe privárseles del derecho á la porcion viril. Sin embargo el mismo Alber. conviene en que es mas equitativa la opinion que quiere sucedan tambien en estirpes los biznietos á su bisabuelo en el caso de que se trata; es decir, que se adjudique el conjunto de biznietos procedentes de uno de los nietos, la misma porcion que hubiera recibido su padre. Empero qué dirémos, si los nietos ó biznietos son llamados en vir-

LEY 4. *Como los padres, e los auuelos, pueden heredar los bienes de sus fijos, e de sus nietos, quando mueren sin testamento.*

Segund el curso de natura, e la voluntad de los padres, deuen heredar los fijos los bienes dellos, dexandolos en su logar despues de su muerte; mas porque acaesce a las vegadas, que los fijos mueren ante que los padres, e los auuelos. E porende, pues que en la ley ante desta mostramos de la herencia que ganan los fijos, o los nietos, quando sus mayorales mueren ante dellos, conuiene que digamos, como deuen heredar los ascendientes a aquellos que descendieron dellos; e dezimos, que quando acaesciere que el fijo muera sin testamento, non dexando fijo, nin nieto que heredasse lo suyo, nin auiendo hermano, nin hermana; que estonce, el padre, e la madre (14) deuen heredar egualmente (15) todos los bienes de su fijo. E si hermanos ouiesse, estonce deuen ellos (16) con el padre e con la madre partirlo por cabeças. E maguer ouiesse auuelo, o auuela (17), non heredara ninguno dellos ninguna cosa en los bienes de tal defunto. Mas si aquel que muriesse sin testamento, non dexasse heredero ninguno que descendiesse del (18), nin ouiesse hermano (19), nin hermana, nin padre, nin madre; si ouiere auuelos, quier sean de parte de su padre, quier de parte de su madre, ellos heredaran egualmente (20) to-

tud de fideicomiso, ó por via de institucion ó sustitucion? ¿Sucederán entonces en estirpes ó por cabezas? Dec. cons. 412. opina por lo último.

(14) Concuerda con la auth. *defuncto*, C. *ad Tertyll.* y con la nov. 118. cap. 2. Adviértase que al mayorazgo creado por el hijo, el padre no sucede, porque en los mayorazgos, cual en los feudos y en el enfiteusis eclesiástico, se atiende á la línea descendiente; Bald. en d. auth. *defuncto*.

(15) No se atenderá pues á si los bienes proceden de la línea paterna, ó materna, para adjudicarlos al padre ó á la madre, segun su procedencia. Bart. en la auth. *itaque*, C. *comm. de success.*, hacia esta distincion, fundado en la l. 3. C. *de bon. quæ liber.*: á su opinion se adhieren varios DD. de modo que parece ser la general, como dice Tiraquel. *de retract. leg.*, §. 14. num. 12., añadiendo que es recibida en Francia: hállase la misma de acuerdo con la l. 10. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real. Empero Bald., Salic. y Corn. en d. auth. *defuncto*, Pedr. y Cyn. en d. auth. *itaque* y otros varios citados por Tiraquel. sostienen la opinion contraria, que asegura ser la general el mismo Bald., cons. 31. vol. 2.: apruébala esta l. de Part., cuando dice, *egualmente todos los bienes de su fijo*; y la confirma tambien la l. 6. de Toro. Asi pues la l. del Fuero tendrá aplicacion únicamente en aquellos lugares donde estuviere en uso, como d. l. 6. espresa. El propio Bald. en la cit. l. 3., fundado en la l. 2. C. *de bon. quæ liber.* hacia en este punto alguna distincion: nosotros ninguna podrémos admitir, atendidas las palabras terminantes de esta l. de Part. y de la cit. l. 6. de Toro.

(16) Esto se halla corregido por la l. 7. de Toro, á tenor de la cual los hermanos del difunto no pueden concurrir á la sucesion con los ascendientes.

(17) Tenemos aqui que el padre sucede abintestato á su hijo con esclusion del abuelo, aunque se halle bajo el poder de este. Añad. l. 3. C. *de bon. quæ liber.* auth. *defuncto* C. *ad Tertyll.* y la nov. de donde esta deriva. Tenemos tambien que la madre escluirá al abuelo, aunque sea paterno, con lo que se corrige la l. 3. §. ult. D. *ad Tertyll.*; en efecto, ni aun el padre es preferido á la madre en la sucesion intestada del hijo, segun esta l., la nov. 118. cap. 2. y la cit. auth. *defuncto*, en cuyos testos se derogan las ll. 2. §. 15. D. *ad Tertyll.*, 2. C. d. tit. y el §. 3. Inst. d. tit. Tenemos en fin que, existiendo el padre ó la madre del difunto y ademas un abuelo, este será escluido, aunque su hijo el padre ó madre del difunto, hubiese premuerto: el abuelo no viene jamás en representacion de su hijo, como dije en la l. 3. y lo advierte la Glos. en d. auth. *defuncto*.

(18) Los descendientes pues escluirán á los ascendientes, segun esta l., la auth. *in success.* C., *de suis et legit. hæred.* y la l. 6. de Toro.

(19) Quiere que si existen hermanos por ambos lados, escluyan á los abuelos: [No es este el sentido de la ley: lo que aqui se propone es manifestar cómo suceden los abuelos cuando se hallan solos: pruébalo la última parte, como lo reconoce el mismo Gregor. Lopez en la glos. 22.; asi como la l. sig. por la que se ve claramente que los hermanos del difunto no eran llamados solos á la sucesion, mientras existieran ascendientes]. Lo contrario asientan la Glos., Bart. y otros DD. en d. auth. *defuncto*; empero nuestra ley parece aprobar la opinion contraria citada allí en la glos. sobre la palabra *proximis*; opinion que tambien sostenia Jacob. de Bellov. en la nov. 118. cap. 2. vers. *si verò*. Empero hoy dia, por la l. 7. de Toro los abuelos escluirán á los hermanos; véase la glos. 22.

(20) Los abuelos paternos llevarán la mitad,

dos los bienes de su nieto. E si por auentura, de parte de su padre, o de su madre, ouiere vn auuelo solo, e de la otra dos, estonce, aquel solo (21) aura la meytad de todos los bienes, e los dos que fuessen de la otra parte, auran la otra meytad. E si acaesciere, que este que assi fino auia auuelos, e hermanos, quel pertenezcan de padre, e de madre (22), estonce heredaran todos los bienes que fincaron del, partiendolos entre si por cabeças egualmente. E esso mismo seria, si el finado dexasse fijos de tales hermanos (23).

LEY 5. *Como, los hermanos, e los otros parientes de la liña de trauiesso, se pueden heredar los vnos a los otros, quando mueren sin testamento.*

Fasta aqui mostramos en que manera los ascendientes, e los descendientes, deuen heredar entre si, quando alguno dellos muriere sin testamento. E agora queremos dezir, como pueden heredar entre si, los que son de la liña dicha, de trauiesso; assi como los hermanos, e los tios, a los otros parientes que son en aquella mesma liña, muriendo alguno dellos sin testamento. E dezimos, que si alguno que assi muriesse sin testamento, non ouiesse de los parientes que suben, o descienden por la liña derecha, e ouiesse hermano, o hermana (24) de padre o de madre, o sobrino fijo de tal hermano, o de tal hermana que fuesse ya muerta; que el hermano, e el sobrino heredan los bienes de tal defunto egualmente: e maguer sean los sobrinos dos, o mas, nascidos de vn hermano, o de hermana, non auran mas de la meytad (25) de la heredad, e partirla han ellos entre si por cabeças egualmente. Mas si este que muriesse sin testamento non auiendo ascendientes, nin descendientes, ouiesse sobrinos de dos hermanos de parte de su padre (*b*) o de su madre, e fuessen los hermanos amos muertos, heredaran los sobrinos los bienes de su tio, e partirlos an entre si por cabezas (26) egualmente. E sobre todo dezimos, que si este que assi muriesse, ouiesse otros hermanos, que non le pertenesciessen si non de parte de su madre, o de su padre, que estos, nin los fijos dellos, non de-

(*b*) et de su madre, Acad.

y la otra el abuelo ó abuela materna, sin atender á si los bienes proceden de esta ó de la otra línea, como dije en la glos. 15. y asienta Salic. en la auth. *itaque*, C. *comm. de success.* Si no existieren mas que abuelo y abuela de una misma línea, se dividirá la herencia por iguales partes, segun esta l., la cit. nov. 118. cap. 2. y d. auth. *defuncto.*

(21) En este caso la division se hace por líneas y no por cabezas. Lo mismo dispone la cit. auth. y asi opinan allí la Glos. y la generalidad de los DD.

(22) Concuerda aqui la ley con lo que opinaban la Glos. y DD. en d. auth. *defuncto*, á saber, que los hermanos por entrambos lados, no escluyen, sino que concurren con el abuelo ó abuela: hoy dia ni aun concurrirán, en virtud de la l. 7. de Toro y de la l. 1. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real.

(23) Concuerda con la nov. 127. cap. 1. Téngase presente lo dispuesto por la cit. l. 7. de Toro.

(24) Los hermanos por ambos lados son llamados en primer lugar á la sucesion abintestato, segun esta l. y la auth. *cessante* C. *de legit. hæred.* Respecto de los tios no es atendible la circunstancia del doble vínculo, sino que son admitidos sin distincion, ya fueren hermanos por entrambos lados del padre del difunto, ya lo fueren de parte de padre, ó de parte de madre tan solo, como dice Bart. en la l. 2. §. 4. D. *de suis et legit. hæred.* El doble vínculo, repito, da preferencia únicamente, cuando se trata de suceder á un hermano, ó á un tio, nov. 84.

(25) Concuerda con d. auth. *cessante* y con la l. 8. de Toro. Qué dirémos si un hermano que lo es por ambos lados repudia su parte, teniendo hijos? ¿esta parte repudiada pertenecerá á dichos hijos, ó bien acrecerá á los hijos del otro hermano que hubieren admitido? Salic. en la auth. *post fratres*, la l. C. *de legit. hæred.* opina que los hijos del repudiante serán admitidos juntamente con sus primos; empero lo contrario asienta allí Corn.: la opinion del primero parece mas equitativa y probable. —*Véase el apéndice.

(26) Aprueba el parecer de Az. en la sum. C. *de legit. hæred.*, parecer que fue el de la Glos. en el §. 4. Instit. *de legit. agnat. success.*, y de Bald. y Salic. en d. auth. *cessante.* Empero la Glos. y la generalidad de los DD. en d. auth. y en la l. 14. C. d. tit. y Bart. en la l. 2. §. 2. D. *de suis et legit. hæred.*, sostenian que en este caso la sucesion era en estirpes, opinion que dice ser la general Nicol. de Ubald. en el tratado *de successionibus abintestato*, part. 3., col. 1. Téngase pues presente esta l. de Part., la que de conformidad con el cit. Az. decide que la sucesion sea por cabezas, cuando los hijos de diferentes hermanos concurren solos. Qué dirémos, si se trata de la sucesion á un feudo? V. Bald. en el cap. 1., §. *item quia*, *de his*

uen auer herencia del finado (27) con los hermanos que le pertenescen de parte de padre e madre, nin con los fijos dellos, si los padres fuessen muertos.

LEY 6. *Como se pueden heredar los hermanos, que non son de padre, e de madre: e otrosi, quien puede heredar a aquel que muere (c) sin testamento.*

Hermanos de padre tan solamente, e otro de madre, auiendo aquel que muriesse sin testamento, si non dexasse otro pariento ninguno, que heredasse lo suyo, de los que descienden, o suben por la liña derecha; estonce dezimos, que en tal caso como este, el hermano que le pertenesciesse a este atal de padre tan solamente, esse heredara todos los bienes del defunto, que le vinieren de parte de su padre (28); e el hermano que le pertenesciesse de parte de la madre, esse heredara otrosi todos los bienes que le vinieren de parte de su madre: e los bienes que atal defunto co-

(c) sin parientes et sin testamento. Acad.

qui feud. dar. poss., en el cap. 1. pr. *de success. feud.*; en el vers. *his verò*, *de success. fratr.* y en el cap. un. *de nat. success. feud.* y Alex., cons. 55., col. 8. y 9. vol. 4.

(27) Concuerda con d. auth. *cessante*, C. *de legit. hæred.* y con la auth. *itaque*, C. *comm. de success.* Qué dirémos de un fideicomiso, al cual el testador hubiese llamado sus hijos, teniéndolos de distintos matrimonios? En este caso parece que el hermano con doble vínculo respecto de su hermano último poseedor del fideicomiso no será preferido á los demas por esta circustancia, pues que en virtud de semejante sustitucion no se sucede al hermano y sí al testador, l. 41. §. 2. D. *de vulg. et pupill.*; en efecto, por lo que toca al testador todos son iguales, aunque procreados en distintos matrimonios; asi deciden Bart. en la l. 45. D. d. tit., col. ult., cuest. penult. y Dec. cons. 304., y pruébalo la l. ult. D. *ad Trebell.* Añad. Bald. en la l. 6. C. *de testam. mil.* y Alex. cons. 30. vol. 2. Tampoco se atiende al doble vínculo, cuando se trata de la sucesion á las baronías, ó á los feudos, v. Bald. en la l. 1. C. *de suis et legit. hæred.* Parece que tampoco será atendible en los mayorazgos: ahora bien, en el caso que una muger poseedora de un mayorazgo tuvo un hijo del primer matrimonio, y creyendo que su marido habia fallecido en la guerra, contrajo segundo matrimonio, y por fin habiendo vuelto su primer marido y unídose otra vez con él tuvo otro hijo del mismo; si despues del fallecimiento de dicha muger entró á poseer el mayorazgo el primer hijo y falleció sin hijos, sucederá el que nació del matrimonio putativo, por mas que el tercero estuviera unido con doble vínculo con su hermano el último poseedor.

(28) Sigue el parecer de la Glos. en d. auth. *post fratres*, la 1. C. *de legit. hæred.*, fundada en la l. 13. C. d. tit., parecer que es tambien el de Az. en la sum. C. d. tit. y de la Glos. en la auth. *itaque* C. *comm. de success.* Lo que se dispone aqui respecto de los hermanos tendrá tambien lugar en los hijos de estos, Mathes. tratado *de success. abintest.*, vers. 3. *articulus principalis*, fundado en la nov. 118., cap. 2. vers. *reliquum*, y Ang. Aret. en el §. 5. Instit. *de legit. agnat. success.* Se hará igual distincion de bienes, si, no habiendo hermanos, ni hijos de estos, concurrieren dos tios, uno de parte de padre y otro de parte de madre? No recuerdo haber visto tocada esta cuestion, que parece debe resolverse afirmativamente atendida la equidad y la paridad de razon. Merece no obstante que se medite por el lector, pues que la ley no considera en los tios, mas que la proximidad de grado, como advierte en una cuestion semejante Paul. de Castr. en la auth. *post fratres*, la 2., C. *de legit. hæred.*: ademas, habiéndose confundido los bienes, no debe admitirse distincion en ellos fuera de los casos espresados en el derecho; y por fin, respecto de los tios, los bienes del sobrino no se denominan paternos ni maternos, cual se hace respecto de los hermanos y de los hijos de los mismos, quienes son en la línea descendiente respecto del padre, ó de la madre: asi pues, no será aplicable á los tios la disposicion de la l. 13. §. 2. C. *de legit. hæred.* Hace al propósito lo que dice Andr. de Isern. en el cap. *si quis miles*, vers. *et filius fratris*, Imper. Lotar. Eug. Pap. col. 2., el cual tratando de si el tio sucederá al hijo de su hermano en los feudos, se espresa allí en los siguientes términos: *constitutio etiam dilucidans successiones, non debet intelligi in non enumeratis, quamvis intelligerentur alias propter similitudinem vel eamdem rationem; et ponendo de nepote dicta constitutio debuit exprimere, si fuisset intentionis suæ quod patruus succederet sicut nepos, quoniam appellatione nepotis non continetur patruus, quia sunt in distanti gradu, et sicut in nomine discrepant, sic in efectu*, l. 4. C. *de feriis* y l. 7. C. *de codic.* Despues de haber escrito esto hallé que Luis Boloñ. sostenia esta misma opinion en las adicion. *ad Matesilanum*, tratado *de success. abintest.*, chart. 9., col. 1.; véase al cit. escritor, el cual trata esa cuestion y concluye que

mo este ouiesse ganado (29) por otra manera qualquier, amos los hermanos sobredichos los partiran egualmente. E sobre todo esto dezimos, que si alguno muriesse sin testamento, que non ouiesse parientes de los que suben, o descienden por la liña derecha, nin ouiesse hermano, nin sobrino (30) fijo de su hermano; que destos adelante (31), el pariente que fuere fallado que es mas cercano (32) del defuncto fasta en el (*d*) dezeno grado (33), esse heredara todos sus bienes. E si tal pariente non fuesse fallado, e el muerto auia muger legitima (34) quando fino, heredara ella todos los bienes de su marido (35): esso mismo dezimos del marido, que heredara los bienes de su muger en tal caso como este. E si por auentura, el que assi muriesse sin parientes non fuesse casado, estonce heredara todos sus bienes la Camara del Rey (36).

(*d*) doceno Acad. deceno B. R. 3.

LEY 7. *En quanta parte de los bienes del marido rico puede heredar la muger pobre, si casasse sin dote, e non ha de que beuir.*

Paganse (37) los omes a las vegadas de algunas mugeres, de manera que casan con ellas (38) sin dote (39), maguer sean pobres por-

no debe hacerse la distincion de bienes, cuando concurren tios de diferentes líneas.

(29) Añad. d. auth. *post fratres*, C. *de legit. hæred.*, y allí la Glos. Empero quiénes y por qué parte serán responsables de las deudas? Las contraídas por causa de los bienes maternos vendrán á cargo de los que sucedan á ellos, asi como las que se contrajeron por ocasion de los bienes paternos se satisfarán por los llamados á la sucesion de los mismos, arg. l. 17. §. 1. D. *de testam. mil.*; y si no constare qué bienes han dado causa á la deuda, pesará á prorata sobre todos los sucesores, segun Alber. en la auth. *itaque*, C. *comm. de success.*, col. 3.

(30) Este escluye á su tio, por mas que esten los dos en igual grado; segun esta l., la auth. *post fratres*, la 1. C. *de legit. hæred.*, nov. 118. cap. 3., vers. *si autem*, Juan Fabr. en el §. ult. Instit. *de serv. cogn.* y Salic. en d. auth., la que es terminante en este punto. En los feudos el hijo de un hermano premuerto escluirá al tio del último poseedor? Bald. en el cap. 1. Imper. Lotar. Eug. Pap. al fin, dice, que en los feudos tendrá lugar lo mismo que en las propiedades alodiales, y con mayoría de razon, pues que el feudo por su naturaleza no mira de ordinario á los ascendientes: el hijo del hermano sucede en el grado de su padre, mas el tio no puede en este caso representar á persona alguna; y de consiguiente el primero se encuentra mas cercano por ficcion de derecho, y en la realidad por los efectos.

(31) No tendrá pues lugar la representacion en la línea colateral, mas allá de los hijos de los hermanos, segun esta l. y la auth. *post fratres*, la 2., C. *de legit. hæred.*, y lo indiqué mas arriba en la l. 3.

(32) Concuerda con d. auth. *post fratres*, la 2.

(33) Aprueba la opinion de Az. en la sum. C. *de legit. hæred.*, col ult., desechando la de Placent. que decia debian suceder los agnados y cognados hasta lo infinito. Con el primero estaban de acuerdo la Glos. en la nov. 118., cap. 2. §. 1. y en la auth. *in successione*, C. *de legit. hæred.*, Bart. y los DD. en d. auth. y Jas. en la l. ult. C. *unde legitimi*, col. 2. En los feudos la sucesion no se estiende de mas allá del séptimo grado, cap. 1. §. *hoc autem sciendum*, *de his qui feud. dar. poss.*; á no ser que fuere constituido á título de reino, ducado, marquesado ó condado; pues entonces se estiende hasta el centésimo grado, Bald. en el cap. 1., *de feud. march.* §. *capitanei*, Jas. siguiendo á otros en d. l. ult. col. 2. y Dec. cons. 85. Por lo que mira á la sucesion de los feudos, véanse las ll. 6. y 7. tit. 26. Part. 4. y lo que en ellas dije. En cuanto al modo de computar estos grados, véase la l. 3. tit. 6. Part. 4. y añad. Dec. cons. 334.

(34) Concuerda con la l. 1. D. *und. vir et ux.* y con la l. 1. C. d. tit.

(35) Como tambien se dispone en las citadas ll.

(36) Concuerda con las ll. 1. y 4. C. *de bon. vac.*, 1. §. 2. D. *de jur. fisc.*, con la nov. 1. cap. 1. §. *si verò institutio*, y con el tit. *quæ sint regal.*, en la parte *bona vacantia*, *in usibus feudorum*. Adviértase, que si muere intestado y sin parientes un clérigo que no tenga beneficio, sus bienes no corresponderán al Papa, sino que se entregarán al obispo de la diócesis, para que los distribuya en utilidad de la Iglesia universal, Abb. en el cap. 2., ult. notab. y en el cap. 1. al fin *de success. abintest.*

(37) Hase tomado esto de la nov. 117., cap. 5., de la nov. 53., cap. 6. y de la auth. *prætera*, C., *unde vir et uxor.* Si bien esta ley habla tan solo de la muger pobre, deberá tambien entenderse del marido, segun d. auth. v. Glos. en la l. 27. C. *de jur. dot.* y Bald. en la misma l. 2. lect. — * Por la nov. 53. era recíproco el derecho de suceder; pero la 117. lo limitó á la muger indotada.

(38) Basta el matrimonio de presente, y no

ende, guisada cosa, e derecha es, pues que las aman, e las honrran en su vida, que non finquen desamparadas (40) a su muerte. E por esta razon tuuieron por bien los Sabios antiguos, que si el marido non dexasse (41) a tal muger, en que pudiesse bien e honestamente beuir, nin ella lo ouiesse de lo suyo (42), que pueda heredar (43) fasta la quarta parte

es circunstancia esencial el que se haya consumado; v. Bald. en la l. ult. C. *und. legit.*, col. ult.

(39) Lo mismo tendrémos, si la dote era corta, segun Bald. en d. auth. *præterea*, cuya opinion es generalmente aprobada; empero, segun él mismo y Paul. de Castr. en la propia auth., semejante adote se imputará á la cuarta. Qué dirémos, si la dote que era competente al tiempo de contraerse el matrimonio, ha venido á ser de poca monta, atendido el cambio que con el tiempo ha esperimentado la fortuna del marido y las dignidades á que se ha visto elevado? V. Socin. cons. 30. vol. 4. col. penult.

(40) Tendrá igual derecho el marido que carece de bienes, si sobrevive á su muger poseedora de alguna fortuna? Asi lo vemos dispuesto claramente en la nov. 53. cap. 6. y la sostiene la Glos. en la nov. 117. cap. 5., donde contesta al cit. cap. que parece probar lo contrario: ademas esta es la opinion general de los DD. en d. auth. *præterea.* [Creemos que nuestra ley adoptó el parecer de los que opinaban que la nov. 117. limita ese derecho á la muger: asi lo persuade el haber hablado de ella sola, como la razon que en seguida se espresa]. Empero, si el marido tuviere hijos de un matrimonio anterior, y estos hubiesen adquirido bienes de su madre, no le corresponderá esa cuarta, porque gozando del usufructo de dichos bienes, ya no puede llamarse pobre, como reconoce Dec. en d. auth. *præterea*, pr., col. 2.: ahora, no existiendo esta circunstancia, el marido pobre podrá reclamar aquella porcion, aunque el matrimonio se hubiese celebrado, mediante constitucion dotal, segun una glosa en la l. 27. C. *de jur. dot.*, glosa aprobada generalmente por los DD., como dicen Alex. y Dec. en la cit. auth. *præterea.*

(41) De estas palabras parece inferirse que el derecho á la cuarta existe, aunque por el cónyuge premuerto se hubiese otorgado testamento: lo mismo dicen los DD. en d. auth. *præterea*, fundados en el texto: asi pues se deberá la cuarta á pesar de la voluntad espresa del testador, Bald. en d. auth. y Alex. allí, col. 2., citando á otros DD., y este impugna el dicho de Salic. en el mismo lug., vers. *sed dubitari potest* 7., á saber, que si el testador dispuso que su muger se diese por satisfecha con lo que él le dejaba, prohibiéndole pedir mas, asi deberá cumplirse; pues que la cuarta es un derecho contingente y no necesario. Tal vez podrian conciliarse estas opiniones y nuestra l. de Part., diciendo, que la muger no podrá pedir mas de lo que le dejó su marido, si esto bastare para que ella pueda vivir con decoro, aun cuando la manda que le hizo no equivaliera á la cuarta; y no creo que mediando esta circunstancia fuese menester la prohibicion espresa de pedir mas, que exige Salic.: empero faltando ella, diríamos que á pesar de la prohibicion indicada, podria la muger pedir la cuarta, imputando en esta el legado, cual lo dispone la cit. auth. *præterea*, la que debe entenderse en estos términos, cuando habla de semejante imputacion: y de esta suerte quedaban contestadas las razones en que se apoya Alex., y se obtenia la conciliacion de las diversas opiniones sobre la materia.

(42) Luego no se denegará la cuarta parte á la muger, aunque pudiese ganar el sustento con su trabajo; pues que esta l. atiende únicamente á si tiene ó no bienes propios: asi lo decide tambien Dec. en d. auth. *præterea*, col. ult. vers. 3. *ex supradictis*, fundado en que con mas dificultad debe denegarse ese derecho á la muger pobre, pues que la ley le concede accion, que los alimentos que se reclaman implorando el oficio del Juez, en los que ciertamente entra en cuenta lo que puede adquirir por medio de la industria l. 5. §. 7. D. *de lib. agnosc.*; á mas de que dicha cuarta se concede en honor del pasado matrimonio, á fin de que el cónyuge sobreviviente pueda continuar viviendo con el mismo decoro que durante el matrimonio, como se espresa en d. nov. 53. cap. 6.: esto tendrá lugar mayormente si á la muger, por ser noble, le fuese deshonroso el trabajo, como dice Bald. tratando de una cuestion semejante en la l. 11. C. *de neg. gest.*, y Bart., con respeto al hijo noble, en la l. 1. C. *de mendic. val.*; y pruébalo bastante esta l. de Part. junto con otras ll., de donde se ha tomado: si bien Socin. en el cons. 30., vol. 4. col. ult., asienta lo contrario: podria tal vez, atendiendo á lo que dice Socin., limitarse esta ley en el caso que la dote, aunque corta, bastase para los alimentos, uniéndose la industria ó el trabajo. ¿Qué dirémos, si la viuda tuviese una casa ó predio de algun valor pero que los réditos no bastaran para los alimentos? En este caso no se la pondrá en la precision de enagenar la finca, arg. l. ult. §. 5. C. *de bon. quæ*

(44) de los bienes del, maguer aya fijos (45): pero esta quarta parte non deue montar mas

liber., y asi opina Dec. lug. arriba cit.; añádase lo que dije en la l. 2. tit. 19. Part. 4. Adviértase que las palabras, *nin ella lo ouiese de lo suyo*, se refieren al tiempo de la muerte del marido, porque la calidad unida al verbo se entiende segun el tiempo del mismo, l. 4. §. 5. D. *de noxal.* y l. *si Titius*, D. *de testam. mil.* y allí Bart.; de consiguiente la viuda no perderá el derecho á la cuarta, aunque posteriormente á dicha época hubiese adquirido bienes, Dec. en d. auth. *præterea*, al fin, diciendo haberlo decidido él de esta suerte, asi como su padre, en el cons. 24. ¿Qué dirémos, si la viuda es hija de un padre acomodado, á quien pueda pedir los alimentos? Alex. en d. auth. *præterea*, de acuerdo con Cumm. en la l. 11. D. *de liber. et posth.* asienta que en semejante caso no tendrá derecho á la cuarta, apoyándose en razones que pueden verse allí: lo contrario sostiene Dec. en d. auth. col. penult., contestando á los argumentos de Alex., empero la opinion de este es la mas general, como reconoce el mismo Dec. col. ult.: añád. Socin. d. cons. 30. vol. 4., el cual sigue el parecer de Cumm. y otros. Los principales argumentos de Cumm. y Alex. se reducen á dos: 1º, que el que tiene un padre rico, no puede llamarse, ni es generalmente llamado pobre, puesto que el padre y el hijo se consideran una misma persona, Gloss. en la l. 2. C. *qui ætat.*; 2º, que es mas justo que la hija use de su derecho pidiendo los alimentos al padre, antes de socorrerse en sus necesidades con los bienes de su difunto marido. Sin embargo, á lo primero puede contestarse que aquella ficcion legal tiene lugar únicamente, respecto del hijo que está bajo el poder de su padre, como dice la Glos. en d. l. 2.; circunstancia que falta, en virtud de la ley de Toro, respecto de la hija casada: al segundo argumento puede contestarse que, si debiesen entrar en cuenta en esta materia los alimentos á que pueda tener derecho la viuda, no se le concederia la cuarta, cuando existe algun hijo, pues que á él puede demandárselos, l. 5. pr. D. *de liber. agnosc.*: ademas no se deniega á la misma durante el año de luto, la accion de que se trata, (á pesar de que entonces debe ser alimentada por los herederos del marido, segun la l. ún., §. 7. C. *de rei uxor. act.*), segun Jacob. Butr., Salic. y Ang. en d. l. un. §. 7., arg. l. 10. al fin D. *de alim. et cib. leg.* Vienen tambien en apoyo de esta opinion aquellas palabras de nuestra ley *nin ella lo ouiesse de lo suyo*, de las que se infiere no ser bastante que la viuda tenga derecho á pedir los alimentos de su padre. Esta cuestion es digna de exámen y como dice Dec. en la cit. auth. *præterea*, col. ult., en este punto todo pende del arbitrio del Juez, quien debe decidir, si el cónyuge sobreviviente puede ó no llamarse pobre.

(43) De esta palabra puede argüirse que si los hijos repudian su parte, la muger adquirirá el todo por derecho de acrecer; véase sobre esto Bald. en la l. un. C. *quan. non pet. part.*, col. 7.; empero, deberá reservar la propiedad para los hijos de aquel matrimonio. Que sucede en calidad de heredera, pruébalo tambien la nov. 53. cap. 6. Esto es evidente, cuando sucede por testamento, ó abintestato: ahora en el caso que se le adjudicare la cuarta, contra lo dispuesto en el testamento de su marido, dicen Bald., Salic., Cumm. y Paul. de Castr. en d. auth. *præterea*, que la tendrá en virtud de la accion de la ley; empero, se oponen á que esto admitamos, las palabras de nuestra l., cuando dice *puede heredar*; asi como el cap. 5. de la nov. 117., donde se lee *que la muger recibirá*, con lo que se indica que no tiene necesidad de pedir, como dice Corn. cons. 178., vol. 2., col. 4.

(44) Si los hijos fueren tres ó menos; siendo cuatro ó mas, llevará la muger una porcion viril, segun d. auth. *præterea.* [No haciendo distincion nuestra ley, nos parece muy arriesgado quererla amoldar con la cit. auth.] Podrá esta pedir la revocacion de las donaciones que en vida hubiese hecho su marido, en cuanto perjudicaren á la cuarta? V. Corn. cons. 178. vol. 2. y Socin. cons. 108., vol. 1., el cual opina que no tendrá lugar semejante revocacion.

(45) Ya procedieren de aquel matrimonio, ya de otro anterior. Con mayoría de razon podrá reclamarse esta cuarta si el cónyuge difunto no dejó mas que ascendientes; la generalidad de los DD. en d. auth. *præterea*. La disposicion de esta l. de Part. no se halla derogada por ley alguna de los Ordenamientos; de consiguiente quedará en pie; sin que obste el haberse aumentado la legítima de los hijos, hasta los cuatro quintos de la herencia paterna, pues que esta disposicion se dirige únicamente á que los padres no dispongan mas allá del quinto á favor de estraños, y no comprende los casos en que la disposicion viene de la ley: agréguese que las leyes posteriores que disponen este aumento de la legítima deben entenderse limitadas por las anteriores, ll. 26. y 28. *de leg.*, y la Glos. en la l. 13. pr. D. *qui satisd. cog.*, y la auth. *offeratur*, C. *de lit. contest*: ademas, lo que en una ley reciente no se espresa, debe suplirse por lo que la antigua contiene, l. 32. al fin, C. *de appell.*; y hace al propósito lo que sobre este punto di-

de cient (e) libras de oro (46), quanto quier que sea grande la herencia del finado. Mas si tal muger como esta ouiesse de lo suyo con que pudiesse beuir honestamente, non ha demanda ninguna en los bienes del finado, en razon desta quarta parte.

LEY 8. *Quando puede heredar el fijo, que non es legitimo, en los bienes de su padre, si muere sin testamento; o el padre, en los bienes de tal fijo.*

Sin testamento muriendo ome, que non dexasse fijos legitimos, su fijo natural (47) que ouiesse auido de alguna muger de que non fuesse dubda que la el tenia por suya, e que fuesse el fijo engendrado en tiempo que el non ouiesse muger legitima, nin ella otrosi marido; tal fijo (48) como este puede

(e) dobras de oro. Esc. 3.

cen Andr. de Isern. en el tit. *quæ sunt regal.*, en la part. *bona vacantia* y Socin. cons. 121., col. 2. núm. 8. La dificultad es mayor, cuando se reclama esta cuarta, habiendo el padre dispuesto del quinto por su alma, ó á favor de estraños, instituyendo en los demas bienes á sus hijos: puede en efecto dudarse entonces, si subsistirá la disposicion del quinto, y si la muger deducirá la cuarta de la legítima de los hijos: segun el derecho romano y las leyes de Part., la legítima de los hijos no escedia jamas de la mitad de la herencia, auth. *novissima.* C. *de inoff. testam.* y l. 17. tit. 1. de esta Part.; asi es que la cuarta que se adjudicaba á la viuda no causaba jamas perjuicio á la legítima; y con este objeto parece haberse dispuesto en la cit. auth., que siendo cuatro ó mas los hijos, lleve aquella una porcion viril. Empero, siendo hoy dia entre nosotros tal egítima, los cuatro quintos de la herencia, se causaba grave perjuicio á los hijos, si, ademas del quinto se sacaba la cuarta parte para la viuda; y hace al propósito el cap. 1. §. ult. *de investit. de re alien. fact.* donde se espresa que la muger pobre no sucederá en el feudo, ni aun respecto de la cuarta parte; y dice allí Bald. que la razon de dudar consistia en que siendo esa detraccion una especie de enagenacion legal, parecia deberse autorizar en los feudos; pero añade que la razon de decidir fue que las enagenaciones legales no se entienden en perjuicio de tercero, ni comprenden aquellas cosas cuya enagenacion está prohibida. Hace tambien al propósito la Glos. en la l. 135. §. 3. D. *de verb. oblig.* donde dice que mediando la prohibicion de enagenar, no puede darse ocasion á que por la ley se enagene. Sin embargo, insisto en que quedará subsistente la cuarta en todo caso: en primer lugar, lo dispuesto por d. auth. *præterea* no tiene por objeto la legítima, y si solo el impedir que la muger reciba mayor parte que los hijos, como resulta de haber dicho, *si tres sint*, etc. y no, *si quatuor sint vel pauciores*, como se dijo en la cit. auth. *novissima.* En segundo lugar lo que llevamos indicado, que aquel á quien se prohibe enagenar, debe procurar que la enagenacion no se verifique en virtud de disposicion legal, no tiene lugar, cuando la prohibicion es general, sino que es menester que especialmente se le haya prohibido enagenar á favor de ciertas personas; entonces debe procurar que ni abintestato recaigan en dichas personas los bienes de que la ley quiso privarles, Juan de Imol. y Paul. de Castr. en la cit. l. 35. §. 3. Al cit. §. ult. *de invest. de. re alien. fact.*, puede contestarse que va mucha diferencia de las cosas feudales, cuya enagenacion está prohibida y donde se atraviesan los derechos del sucesor; á las cosas alodiales, cuya propiedad íntegra pertenece al marido. Ademas no es grave el perjuicio que se infiere á los hijos, á lo menos, cuando fueren de aquel matrimonio, pues que la madre tiene que reservar para ellos la propiedad de dicha cuarta. Por fin, muy duro seria denegar á la viuda semejante derecho, cuando no se encuentra ley que derogue á esta que se comenta. Si hubiere hijos de otro matrimonio, la cuestion es mas dudosa, pues que el perjuicio que á estos se causa es mayor.

Perderá esta cuarta la viuda que viva lujuriosamente? V. Palac. Rub. en la repet. al cap. *per vestras*, *de donat. int. vir. et uxor.* en la rubr. 372. al fin.

(46) Concuerda con la cit. nov. 53., cap. 6. y con la nov. 117., cap. 5. Sobre el valor de estas libras de oro, véase la l. 5. C. *de suscept. et arcliar.* y allí Juan de Plat., y Jas. en la l. 2. §. 2. D. *de verb. oblig.* col. penult. *—Véase el apéndice, nota (*f*).

(47) Por aqui se ve que se dirá hijo natural el que es fruto de la union de soltero y soltera, no mediando duda, acerca de que el primero tuviese por concubina la segunda: añad. l. 1. tit. 11. Part. 7., allí, *o amiga que tenga conocidamente por suya;* pero véase lo que dije en la l. 1. tit. 15. Part. 4. y lo anotado por Abb. en el cap. *innotuit de elect.*, col. penult.

(48) Qué dirémos de los nietos y demas descendientes naturales? Parece que no podrán suceder en parte alguna al abuelo ó bisabuelo paterno; y lo que es mas, ni el hijo legítimo nacido del hijo natural, sucederá abintestato

heredar las dos partes (49) de las doze, de todos los bienes de su padre; e el, e su madre deuen partir estas dos partes ygualmente. E si por auentura, el padre non ouiesse pariente de los descendientes, nin de los ascendientes (50), estonce puedel dar mientra biuiere, o dexar en su testamento, todo lo suyo a tal fijo como este. Pero si ouiesse fijo legitimo, non le podria dar, nin dexar en su testamento, a tal fijo natural, si non de las doze partes de la herencia, la vna (51). Mas si acaesciesse que el padre non ouiesse fijo legitimo, e ouiesse otro pariente de los ascendientes, assi como padre, o auuelo; es-

á su abuelo paterno, segun la l. ult. al fin, C. *de natur. liber.*, ley que no ha sido derogada como se ve por la nov. 89., cap. 12. §. 6. al fin, vers. *de nepotibus*, por mas que la Glos. allí indique que, lo mismo que en los hijos, tendrá lugar en los nietos: Matesil. en el tratado *de succiessonibus ab intestato*, fol. 2. col. 1., opina tambien por la esclusion de los nietos, ya porque la cit. l. ult. no se halla corregida, ya porque en ninguna parte del derecho se concede en este punto á los nietos igual derecho que á los hijos; y alega el cap. 4. de la cit. nov. 89., empero ese cap. trata de materia distinta: Ang. Aret. cita y sigue simplemente á Matesil. en el §. 3. Instit. *de senatuscons. Orph.* Salic. en d. l. ult. sostiene la opinion contraria, admitiendo á los nietos: fúndase en que en las sucesiones estos representan á su padre, de lo que infiere que asi como los legítimos sucederán en el todo, en virtud de la nov. 118., los naturales vindicarán la 6ª parte, á la que su padre tenia derecho; y añade que esta opinion, la mas equitativa, se halla conforme con el espíritu de la cit. l. ult., la que cierra la puerta á los nietos naturales; pues que cerrada estaba para los hijos de la misma clase; de lo que se sigue, segun él, que el derecho concedido por la auth. *licet*, C. d. tit. á los hijos naturales, no podrá denegarse á los niétos, tanto mas, cuanto la cit. l. ult. dice espresamente que no debe procederse con tanto rigor respecto de las disposiciones hechas á favor de los últimos, como en punto á las que se hagan en beneficio de los primeros. A esta opinion parece adherirse Rodr. Suar. en los comentarios á la l. 1. tit. 6. lib. 3. del Fuer. Real, vers. *hæc de naturalium filiorum successione*, col. 1. Es ciertamente muy disputable este punto, como dice Juan Ant. Catialup. en la repet. á la l. 5. C. *ad Orphic.*, col. 16. num. 39., si bien reconoce allí que en rigor de derecho procede la opinion de Matesil., atendido el espíritu de la cit. nov. 89., cap. 12. al fin. Az. en la sum. C. *de nat. liber.*, col. 1. vers. *et quæ dixi de naturalibus filiis*, sostiene que los nietos tendrán igual derecho que los hijos; y lo mismo asienta Dyn., ó quien quiera que sea, el autor del tratado *de successionibus ab intestato*, que se halla entre los de Bart., añadiendo que en la práctica no deberémos separarnos de esta opinion. Yo me adhiero á ella, ya atendidas las palabras de esta l. de Part., ya considerando que lo dispuesto por el cit. cap. 12. acerca de los nietos naturales no tiene aplicacion al caso que nos ocupa: agréguese que bajo el nombre de hijo, en materia favorable, viene comprendido el nieto, como dicen Bart. en la l. 220. D. *de verb. signif.* Salic. en d. l. ult. y Bald. en la l. 4. C. *de lib. præt.*, col. 3. y 4.: y á la cit. nov. cap. 12. y á d. l. ult. puede contestarse que, únicamente de ellas se deduce que los nietos, aunque legítimos, no sucederán como legítimos á su abuelo, si su padre era hijo natural; pero que no se les niega el derecho en calidad de naturales.

(49) Concuerda con la auth. *licet*, C. *de natur. lib.* No tienen derecho á esta sexta parte los hijos naturales, no solo cuando existen hijos legítimos, sí que tambien cuando los hubiere legitimados, aunque sea por rescripto del príncipe; como se deduce de esta l. de Part., de d. auth. *licet*, y de lo anotado por Bald. en las ll. 14. y 30. C. *de fideicom.*: lo mismo resultará de la existencia de hijos adoptivos, segun Nicol. de Ubald. en el tratado *de success. ab intestato*, col. 11. y Juan Baut. de S. Sever. en d. l. 5. C. *ad Orphic.*, col. 5. Qué dirémos si hubiere un descendiente, una hija por ejemplo, que renunció á la herencia, á tenor del cap. *quamvis pactum*, de pact. lib. 6.? V. Bart. en la l. 1. §. 7. D. *de bon. possess. contr. tab.*, Ludov. Rom., cons. 43. Guill. Bened. en la repet. al cap. *Raynussius de testam.*, sobre las palabras *et uxorem nomine Adelasia*, nº 669. y sigs., (donde puede verse tambien el caso en que se sustituye á los hijos legítimos), l. 45. D. *de vulg. et pupil.* y allí Ang. é Imol. y lo que dije en la l. 32. tit. 9. de esta Part.

(50) Esto se halla modificado por la l. 10. de Toro: [l. 6. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.] la que permite al padre que disponga de todos sus bienes á favor del hijo natural, aunque existieren ascendientes legítimos.

(51) Concuerda con la nov. 74., cap. 12. §. *ne igitur* y con la nov. 18., cap. 5.: segun se deduce de esta l. de Part., puede dejarse al hijo natural esta duodécima parte, aunque no exista la concubina; ademas asi opinan tambien la Glos. y Alber. en la l. 2. C. *de*

tonce, dexando a estos ascendientes su parte legitima (52) que es la tercera parte (53) de lo suyo, las otras dos partes puede dar en su vida, o dexar en su testamento al fijo natural sobredicho. E si por auentura, el padre non se acordasse (54) de tal fijo como este, non dexandole ninguna cosa de lo suyo, estonce los herederos (55) del son tenudos de le dar lo que le fuere menester (56) para su gobierno, e para su vestir, e calçar, segun aluedrio de omes buenos, de manera que lo puedan sofrir (57) sin gran su daño. Otro si

nat. liber.

Si el padre tuviere doce hijos legítimos, podrá tambien entonces dejar la duodécima parte al hijo natural? Alber., siguiendo á Mar. de Fan., en d. auth. C. *de nat. liber.*, opina que nó, porque de otra suerte el natural tendria mas que los legítimos, arg. l. 9. §. 3. C. d. tit. y nov. 22. §. *quoniam variè.* Qué dirémos, si el hijo bastardo se sustituyere al legítimo? Véase lo que dije en la glosa 49. A mas de esta duodécima parte, podrá el padre dejar al hijo natural el quinto de los bienes, por via de alimentos, en virtud de la l. 10. de Toro? Asi parece, si se considera que ni esta l., ni la cit. auth. *licet* espresan que dicha duodécima parte sea á título de alimentos, cuando se deja al hijo natural: sin embargo, me inclino á creer que el padre no podrá disponer á la vez á favor de este hijo, asi del quinto, como de dicha porcion, aun cuando este hijo fuese miserable: entiendo que por la cit. l. de Toro y otras leyes del Fuero, dicha porcion se aumentó hasta el quinto, y de consiguiente, que el padre no puede á la vez disponer de él y de aquella; tanto mas, cuanto se previene espresamente que el padre no pueda disponer mas que del quinto por su alma, ó á favor de estraños, debiendo distribuirse las cuatro partes restantes entre sus hijos legítimos, ll. 9. y 28. de Toro [ll. 5. y 8. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.] y l. 10. tit. 5. y l. 1. tit. 6. del Fuero Real.

(52) Sobre el derecho vigente en este punto, véase la l. 10. de Toro. —*L. 6. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

(53) Añad. nov. 18. §. 1., Glos. y DD. en la auth. *novissima*, C. *de inoff. testam.* y Bart. en la l. 14. d. tit., comentando la l. 15. Pero hoy dia la legítima de los ascendientes, consiste en las dos terceras partes de la herencia, segun la l. 6. de Toro.

(54) De esta ley se deduce claramente que los hijos naturales nada pueden pretender contra la voluntad de su padre; asi tambien opinaban la Glos. en la l. 1. pr. D. *de bon. possess. contr. tab.* y Bart. en d. l. y en la l. 29. §. *etiam si parente*, D., *de liber. et posth.*

(55) Tenemos aqui que pasa á los herederos, aunque sean estraños, la obligacion de alimentar al hijo natural, obligacion que incumbe al padre, auth. *ex complexu*, C. *de incest. nupt.*, l. 5. §. 1. D. *de liber. agnosc.* y l. 2. tit. 19. Part. 4. Concuerda en esta parte nuestra l. con la cit. l. 5. §. 17., donde pueden verse la Glos., Bart. y Alber.: añad. l. 6. tit. 19. Part. 4. y lo que allí dije.

Los herederos del marido deberán alimentar á la muger pobre? La Glos. en la l. 48. D. *de oper. libert.* opina que les incumbe esa obligacion durante el año del luto; y este es tambien el parecer de Bart. en su tratado *de alimentis*, col. ult., aduciendo la cit. l.

(56) Concuerda con d. auth. *licet* C. *de nat. liber.*, donde se lee, *hujusmodi enim naturales filios pasci boni viri arbitrio necesse est.* De las palabras que aqui usa nuestra ley y de la cláusula anterior, *non se acordasse de tal fijo, non dejandole ninguna cosa de lo suyo, estonce etc.*, puede argüirse que, si el padre dejó al hijo natural la duodécima parte de que habla la ley, ó bien el quinto, segun la l. 10. de Toro, no podrá reclamar otra cosa, aunque dicha parte no fuere suficiente para los alimentos; y deducirémos tambien que lo mismo tendrá lugar, cuando sucediere abintestato á la sexta parte. Empero, parece mas acertado lo contrario, atendido que el hijo natural tiene derecho á los alimentos, en virtud de las leyes de la naturaleza, l. 1. §. penult., vers. *hinc liberorum*, D. *de just. et jur.* y el pr. Instit. *de jur. nat. gent.*; y de aqui inferia Bald. en la l. 3. C. *de collat.*, col. ult., cuest. ult., que ni por medio de juramento podia renunciarse á los alimentos debidos por la ley y la naturaleza: ademas ese derecho parece inmutable, mayormente atendida la equidad canónica, cap. *cum haberet*, *de eo qui dux. in matr. quam poll. per adult.*: por fin, la intencion de nuestra ley y de la cit. l. 5. no es privar al hijo natural del derecho de pedir los alimentos á los herederos del padre, sobre los cuales pesa esta obligacion, segun las cits. ll.; sino que, en cuanto á la propiedad nada mas pueda pretender, fuera de la porcion que ella señala: asi opina Rodr. Suar. en el comentario á la l. 1. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, alegando la nov. 89., cap. 12. y Bart. en él; empero adviértase que lo que dice Suar. debe entenderse en el supuesto que la porcion que por testamento ó abintestato recibe el hijo natural no baste para los alimentos, y en los mismos términos debe entenderse Bart.

(57) Nótese esta palabra, y véanse las ll. 2.

dezimos, que en aquella misma manera que el fijo natural puede, e deue heredar a su padre en los bienes del, e aprouecharse dellos, assi como sobre dicho es; que en essa misma manera (58) puede heredar el padre en los bienes de tal fijo, e ayudarse dellos (59).

LEY 9. *Como non se embarga al fijo natural la su parte que deue auer, por razon de la muger legitima que fue de su padre.*

Las leyes antiguas (60) otorgan, que el padre muriendo sin fijos legítimos, puede el fijo natural heredar los bienes, de las doze partes las dos, non dexando el muger legitima. Ca si la dexasse embargaria al fijo, de guisa que non podria demandarlas. E porque non podimos fallar ninguna razon (61) derecha, por que se mouieron los que fizieron las leyes, a toller á tal fijo esta su parte, por esta razon de la muger legitima que dexasse su padre; porende tenemos por bien, e mandamos, que la aya, e que non se le embargue por esta razon. E a esto nos mouimos, a mudar (62) de la manera que la auia puesta la ley, por dos razones. La vna, porque este fijo nascio en tiempo en que la muger legitima del padre non rescibio enojo, nin tuerto por razon del. La otra, porque, maguer a el tolliesse esta parte, non la ganaria ella (63), e auerla yen los otros mas propinquos parientes del finado. E demas semejaria estraña cosa, que ella pudiesse fazer daño a otri segund ley, non meresciendo, nin veniendo ende a ella ninguna pro.

LEY 10. *Quales fijos non son legitimos, nin naturales, e que non pueden heredar los bienes de sus padres.*

Nascido seyendo alguno de fornicacion (64), o de incesto, o de adulterio; este atal non

y 4., tit. 19. Part. 4. y lo que en la primera dije.

(58) Concuerda con d. auth. *licet*, C. *de nat. liber.*, con la nov. de donde esta deriva y con Az. en la sum. C. *de nat. liber.*, col. 1. y C. *de legit. hæred.*, al fin, donde se espresa en los siguientes términos; *et fortè eodem modo succedit naturalis pater filio, sicut etiam naturalis filius patri, ut ita sit eadem vel par ratio pietatis*, arg. l. 15. D. *de inoff. testam.*: si bien Juan de Plat. pretendia que el padre debia suceder á la totalidad de la herencia del hijo natural, aunque fuere espurio: v. Instit. §. 1. *de serv. cogn.*, Bart. en la l. ult. D. *de his quib. ut indign.*, col. 1. y la nov. 89. cap. 12.

(59) Esto es, en cuanto á los alimentos, cual se dispone en d. auth. *licet*.

(60) Auth. *licet*, C. *de nat. liber.*, y la nov. de donde deriva.

(61) Hostiens. en la sum. *qui filii sunt legitimi*, dice que la razon seria tal vez el honor del pasado matrimonio, esto es, para que la muger legítima no se escandalizara viendo suceder los hijos naturales de su difunto marido, arg. l. 2. D. *rer. amot.* y l. 2. C. d. tit.; y allí añade: *in mari triplex genus est piscium, murenæ, et locustæ, et purpuræ, quorum piscium unus ab alio vincitur, non è contra; nam murena à locusta vincitur, locusta à purpura, purpura à murena*: y concluye que la muger goza del poder del diablo, pues que daña al hijo natural sin provecho propio.

(62) Es muy notable esta ley: ella nos manifiesta que al separarse las Partidas del derecho comun, lo dicen de un modo bien esplícito.

(63) Parece que debia habérsele adjudicado; pues que así lo verifican las leyes siempre que por consideracion á una persona, privan á otra de un derecho, l. 2. §. 7. D. *de collat. bon.* y allí Bart. y l. 2. §. ult. D. *ad Tertyll.*: de ahí es que Paul. de Castr. en el cons. 187. vol. 2. decide, que si el príncipe exime de la jurisdiccion de la ciudad un castillo dependiente de la misma, y del cual hace donacion á cierta persona, se entenderá haber aplicado á ella dicha jurisdiccion, arg. l. 69. §. 2. D. *de leg.* 1. y de lo anotado por Bart. en d. l. 2. §. ult. Hacen al propósito Juan Andr. en las adic. al Spec. tit. *de success. ab intest.*, en la rubr., vers. *sed quæstionem* y Socin. cons. 5. y 84., vol. 1., cons. 241. col. 12. vol. 2. y cons. 73. vol. 3. Sin embargo, podria contestarse que las dos onzas, ó la sexta parte no fue en el caso presente un derecho deferido al hijo natural, dado que las leyes se la conceden bajo el supuesto de no existir descendientes legítimos, ni la muger del difunto; y de ahí es que no se adjudicaba á esta y sí á los sucesores abintestato, á los que en otro caso se les hubiera privado de dicha porcion. Ademas, las leyes antiguas no tuvieron en este punto por objeto el beneficio de la muger, á la que ninguna injuria se le habia causado: no hubo aqui motivo particular, fuera de la mera voluntad del legislador: así pues procedió con justicia el rey D. Alonso, estableciendo en oposicion con las leyes antiguas, que la muger legítima no sirviese de obstáculo para que sucedieran los hijos naturales.

(64) Entiéndase del supuesto que los padres

puede ser llamado fijo natural (65); nin deue heredar (66) ninguna cosa de los bienes de su padre: e si atal fijo como este diesse el padre alguna cosa de lo suyo, los otros fijos legitimos, que fueren de aquel padre mismo, pueden reuocar la donacion (67) e la manda (68). Fueras ende, si Rey le confirmasse (69) la donacion, o la manda por su preuilejo. E

no hubiesen podido unirse en matrimonio; pues que el hijo de soltero y soltera, entre los cuales no mediare impedimento en el acto de la cohabitacion, deberá llamarse natural, y no espurio, segun la l. 8. de este tít. Confírmalo la l. 1. tít. 15. Part. 4., la que llama *fornecino* al nacido de adulterio ó de incesto; así como la l. ult. tít. 14. Part. cit., la que hace sinónimas las palabras *espurio* y *fornecino*. — * Por la l. 11. de Toro se declara ser natural el hijo cuyos padres podian contraer matrimonio sin necesidad de dispensa, ya sea cuando nació, ya al tiempo de ser concebido.

(65) Este es espurio, v. d. l. 1. tit. 15. Part. 4. y lo qué allí dije.

(66) Semejantes hijos son incapaces de heredar á sus padres, por testamento y abintestato, y de recibir cosa alguna de ellos á título de contrato, nov. 89., auth. *ex complexu*, C. *de incest. nupt.*, auth. *licet* C. *de natur. lib.* y esta l. de Part. junto con la l. 4. tit. 3. de esta misma Part.: se esceptúan los alimentos, ll. 9. y 10. de Toro, l. 5. tit. 19. Part. 4., cap. *cum haberet*, *de eo qui dux. per matrim. quam poll. per adult.* y Bart. en d. auth. *ex complexu*. Adviértase, que por dicho título de alimentos podrán recibir el quinto de los bienes, aunque sea en propiedad, y sin que obsten los hijos legítimos, dd. ll. 9. y 10. de Toro: faltando tales hijos, el padre podrá dejar al espurio una porcion mayor que el quinto, si se considerare necesaria para los alimentos, atendida la edad de dicho hijo, así como la calidad y dignidad de las personas; así opina Rodr. Suar. en la repet. á la l. 1. tít. 6. lib. 3. del Fuero Real, vers. *secundum est utrùm legatum alimentorum*. Ademas, como las citadas leyes de Toro autorizan sin restriccion al padre, para que pueda legar ó donar el quinto al hijo espurio, á título de alimentos ó donacion, procederá este legado; aunque semejante hijo fuese muy rico.

(67) No podrá pues el padre hacer donacion alguna al hijo espurio; véase la glos. anterior. Qué dirémos, si le lega cierta cantidad, con el gravámen de restitucion? Bald. en la l. 9. C. *de fideicom.* opina que subsistirá este fideicomiso, porque si bien no puede percibir cosa alguna, puede no obstante restituir en calidad de testamentario, arg. l. 31. D. *de leg.* 2. Bart., por el contrario, asienta en la l. 14. C. *de fideicom.* col. penult., vers. *quæro* 4., que es nulo el fideicomiso si el heredero gravado de restitucion fuere de todo punto incapaz, atendido que la cláusula en que se le instituye se tiene por no escrita; así opina, apoyándose en lo anotado, en la l. *codicillis*, pr. D. *de leg.* 2., y sin admitir distincion entre fideicomiso universal y particular: hállanse tambien en oposicion con Bald., Alex. en la l. 16. §. 15. D. *ad Trebell.*, col. penult. y Jas. en d. l. 14., col. ult. Empero, será válida la trasmision que á título de venta se hiciere por el padre al hijo espurio? Decide negativamente el Spec. tít. *de success. ab intest.*, col. ult.; esceptuando el caso en que el contrato se hubiese celebrado, cual entre personas estrañas, esto es, sin mediar afeccion alguna, arg. l. 5. §. 5. D. *de donat. int. vir. et uxor.* y l. 38. D. *de contr. empt.* Mas á esta decision se opone la l. 1. C. *de natur. lib.*, la que prohibe las trasmisiones á favor del hijo espurio, aunque se verifiquen á título de compra y venta; á lo que se agregan las ll. 2. tít. 3. lib. 5. y 22. tít. 9. lib. 1. del Ordenam. Real: quizás estas leyes presumen en caso de duda que en el contrato tuvo parte el afecto paterno. Ahora, si constare que se celebró, cual entre estraños y sin que influyera afeccion alguna, tal vez sería admisible el parecer del Spec., mayormente, no hablando de compra y venta nuestra l. de Part. y sí solo de donacion. Hace al propósito lo que dice Alber. en la cit. l. 1., á saber, que el contrato celebrado por el padre con los hijos naturales y la muger ilegítima, se presume ficticio y en fraude de la ley, y por esta causa se revoca, l. 27. al fin D. *de probat.* y allí la Glos., y Salic. y Bald. en d. l. 1. Empero Segur. en la repet. á la l. 3. §. ult. D. *de lib. et posth.*, fol. 10., col. 1., apoyado en las cits. ll. del Ordenam. asienta que, ni á título de venta podrá subsistir la trasmision: no obstante, esto tal vez deberá limitarse en los términos que he indicado. Qué dirémos, si el padre vende una finca á un estraño, y de este la compra el espurio? Bart. en la l. 11. al fin, D. *de vulg. et pupill.* quiere que tambien en este caso se presuma la enagenacion hecha en fraude de la ley.

(68) Fuera del padre, los demas pueden legar y donar al espurio, segun la Glos. y DD. en d. l. 1. C. *de natur. lib.*, y lo indiqué en la l. 4. tit. 3. de esta Part. No obstante, adviértase que el abuelo, segun las leyes del reino, no puede donarle ó legarle mas del quinto, si tuviere descendientes legítimos; y lo mismo será aplicable al nieto legítimo

si fijos legitimos non ouiere, puedenla reuocar los hermanos (70) del padre deste fijo atal, o su auuelo, o su auuela. E si tales parientes non ouiessen que la reuocassen, o si los ouiere, fuessen tan negligentes, que non quisiessen demandar fasta dos meses (71) lo que fuesse dado a tal fijo como este, estonce deue ser del Rey.

LEY 11. *Quales fijos, de aquellos que non son legitimos, pueden heredar a sus madres.*

Las madres siempre son ciertas (72) de los fijos que nascen dellas; por esta razon (73)

procedente de un hijo espurio, segun la Glos. en la l. ult. C. *de natur. lib.*, fundada en el mismo texto, Jas. en la l. 4. C. *de his quib. ut indign.*, col. penult. y Covar. en su *Epitom. matrim.* part. 2., cap. 8., vers. 2. Podrá legar al hijo espurio para cuando fuere capaz? Bald. en la l. 14. C. *de fideicom.*, col. 11. decide ser nula esta manda, decision que califica de bella y singular Paul. de Castr. en la l. 1. D. *de reg. Caton.*: lo contrario asientan Alex. en la l. 29. §. *instituens*, D. *de lib. et posth.*, col. 1. y Dec., cons. 176., col. antepenult., y esta parece ser la opinion mas general.

Tendrá capacidad el espurio para recibir lo que se le dejare al efecto de cumplir alguna condicion? Bald. en d. l. 14., vers. *sed juxta prædicta*, decide que no, alegando una glos. notable á la l. 36. D. *de don. mort. caus.*, y lo mismo decide en el §. *naturales*, col. 1. vers. *extra notata*, *si de feud. fuer. controv. int. dom. et agn.* Véase al mismo Bald. en d. l. 14. al fin, acerca de si el espurio podrá suceder al padre que se hallare insolvente. Adviértase que nada se opone á que al hijo espurio se le sustituya vulgarmente, v. Bald. en la l. 9. C. *de impub. et al. substit.*, col. 10.; empero el mismo espurio no podrá ser sustituido ni vulgar, ni fideicomisariamente por el padre, Guill. Bened., siguiendo á otros DD. en la repet. al cap. *Raynusius*, *de testam.*, sobre las palabras, *et uxorem*, núm. 690.

(69) Esto es, con la cláusula *no obstante*, etc., como dicen la Glos. en d. l. 1. C. *de natur. lib.* y Az. en la sum. C. d. tit., col. 2. vers. *quid si Imperator*: v. Salic. en la l. ult. C. *de divers. rescript.*

(70) Concuerda con d. l. 1. C. *de natur. lib.* Adviértase que nuestra ley aprueba el parecer de Az. en la sum. C. d. tit., quien estiende la ley citada á los espurios nacidos de otras personas no constituidas en dignidad. Adviértase tambien que nuestra ley parece reprobar cierta opinion que al parecer era la mas general, reducida á que lo dejado abiertamente al espurio, correspondia al heredero escrito ó á los sucesores legítimos, y no con preferencia á las personas que señala la cit. l. 1., con la que la nuestra está de acuerdo: sostenian esta opinion Bart., Bald., Ang., Salic. y Alex. en la l. 4. C. *de his quib. ut indign.*, ademas el primero en la l. 2. D. d. tit. y el mismo y Salic. en d. l. 1., diciendo el último que las personas nombradas por la ley no son admitidas con preferencia á los herederos, sino que se entienden llamadas sucesivamente por el órden con que la herencia se defiere abintestato, y despues de los herederos escritos. Nuestra ley, como se ve, adoptando el parecer de Az., lug. cit. y de la Glos. en d. l. 4., llama con preferencia y por órden sucesivo las personas que enumera. Asi pues, en virtud de nuestras leyes deberémos distinguir entre los que son de todo punto incapaces y los indignos, aunque lo fueren, á consecuencia de un hecho ageno, cual los espurios; respecto de los primeros procederá la opinion de Bart., siendo aplicable entonces la disposicion de la l. 1. C. *de hæred. instit.* y de la l. ult. tit. 7. de esta Part.; y respecto de los segundos procederá la opinion de Az. y de la Glos. en d. l. 4., opinion que nuestra ley aprueba. Tal vez podria decirse al efecto de sostener la citada opinion general, que nuestra ley habla del caso que no exista heredero escrito: medítese sobre este punto, tanto mas, cuanto de esta suerte nuestra ley resultara sumamente limitada.

(71) Concuerda con d. l. 1. C. *de natur. lib.* Por aquí puede argüirse, que si el poseedor de un mayorazgo comete delito por el cual deba perder dicho mayorazgo, pasando al siguiente en grado, puede argüirse digo que el fisco vindicará con derecho los bienes, si dicho sucesor fuere negligente en demandarlos por el espacio de dos meses; añad. Bald. en el §. ult. al fin, *per quos fiat investitura.* Sin embargo, no deja de ser algo dudoso que el mero transcurso de tan corto plazo produzca tamaños efectos: véase lo que dije en la glos. magistral á la l. 10. tit. 26. Part. 4.

(72) Añad. l. 5. D. *de in jus voc.* Dice el Filósofo en el lib. 1. *de generatione animalium*, que en la generacion la muger suministra la materia informe, la que recibe su forma de la fuerza formativa que existe en el sémen del varon. Ademas las funciones de la hembra en la generacion son mas trabajosas que las del hombre, y sabe ella mejor, qué hijos le pertenecen; de ahí es que, segun el mismo Filósofo, lib. 9. *Ethicorum*, el amor de la madre es mas profundo: á mas de que son

todo fijo deue heredar en los bienes de su madre (74) en vno con los otros fijos legitimos (75) que nascen della, quier sea legitimo, o non. Fueras ende, si fuesse tal fijo como el que llaman en latin incestuoso, que quiere tanto dezir, como el que es engendrado de ome, e de muger, que sean parientes fasta el quarto grado: o fuesse otro que llaman en latin, natus ex damnato coitu (76), que quiere tanto dezir, como el que nasce de

mayores los cuidados de la misma para la educacion de los hijos, y de ahí es que, dice el Ecles. cap. 7. vers. 29, *gemitum matris tuæ ne obliviscaris.*

(73) Añad. §. 3. Instit. *de S. C. orphic.*

(74) Sucederá de la misma suerte el ilegítimo á la abuela materna y á cualquier otro ascendiente de la misma línea, cual si fuese nacido de legítimo matrimonio, d. §. 3., ll. 2., 4. y 8. D. *und. cogn.* y l. 9. de Toro, allí; *por su orden y grado*; Matesil., tratado *de successionibus ab intestato*, fol. 1. col. 4. y Ang. Aret. en d. §. 3. Por el contrario la madre y la abuela sucederán de la misma suerte á sus descendientes naturales, d. l. 4., Instit. §. ult. *ad Tertyll.* y §. 4. *de success. cogn.* Matesil. en d. tratado, fol. 6. col. 3., Ang. Aret. en el §. 3. Instit. *ad Tertyll.* y pruébalo la l. 6. *de Toro*: de consiguiente la madre, la abuela y demas ascendientes de la línea materna tendrán la querella de testamento inoficioso contra el testamento de dicho descendiente, l. 29. §. 1. D. *de inoff. testam.*, la que, si bien habla de la madre, debe aplicarse tambien á los demas ascendientes que se colocan en el lugar de la misma, cuando ella falta, Instit. §. 6. *de hæred. quæ ab intest. defer.* Socin. cons. 148. vol. 1. y allí tambien Bald. de Bartol., y ademas pruébaulo la l. 6. de Toro y la l. 15. D. *de inoff. testam.* En cuanto á la cantidad, la legítima será la misma que la ley señala para los ascendientes legítimos, arg. d. l. 6., l. 9. de Toro y lo anotado por la Glos., Salic. y DD. en la auth. *novissima*, C. *de inoff. testam.*: Socin. en el cit. cons. tiene por indudable que la legítima de tales ascendientes es la tercera parte, á tenor de d. auth. *novissima*, la que aumentó la antigua legítima reducida á la cuarta, l. 8. §. 9. D. *de inoff. testam.* y l. 6. C. d. tit. Las leyes de nuestro reino han aumentado tambien la legítima, asi de los descendientes, como de los ascendientes, l. 9. tit. 5. lib. 3. del Fuer. Real. y la cit. l. 6. de Toro, donde se establece que á los ascendientes les correspondan las dos terceras partes por dicho título. Es de advertir que si bien la cit. l. 6. usa de las palabras *ascendientes legítimos*, comprende á los ascendientes naturales, de la misma suerte que si el parentesco proviniere de legítimo matrimonio, como lo prueba tambien la cit. l. 9., cuando dice, *que ayan derecho de heredar.* No servirá de obstáculo para que suceda la madre ó la abuela, el que tuviere hijos legítimos: en ningun punto del derecho hallamos que ellos sirvan de impedimento en este caso; ademas, tenemos favorable la opinion de Matesil. sobre una cuestion semejante, en el tratado *de successionibus ab intestato,* fol. 6. col. 3., donde dice que la madre, aunque sea ilustre, sucede al hijo natural, sin que obsten los legítimos; y á pesar de que semejante hijo no podria suceder á la madre noble, existiendo hijos legítimos y naturales, segun esta ley, y la l. 5. C. *ad Orphic.*: y con el cit. D. está de acuerdo Ang. Aret. en d. §. 3. Instit. *de hæred. quæ ab intest. defer.* col. penult. Contrario á esto podrá parecer lo que asienta el mismo Matesil. en d. tratado, fol. 7. col. 1., á saber, que, asi como el hijo natural no sucede abintestato al padre en la sexta parte, cuando este tuviere hijos legítimos, segun la auth. *licet* C. *de natur. lib.*; tampoco sucederá en igual caso el padre al hijo, arg. nov. 89. cap. 13., donde se dispone que el padre y el hijo natural se suceden recíprocamente de la misma suerte: asi opinan tambien Ang. Aret. en d. §. 3. col. ult. y Juan Baut. de Catialup. en la repet. á la cit. l. 5. C. *ad Orphic.* Empero, yo no creo esta opinion acertada, no hallo que tenga fundamento en el derecho, pues que el cit. cap. 3. debe entenderse de modo que el padre natural suceda al hijo cuando este no tuviere hijos legítimos, asi como este hijo sucede á su padre en el mismo caso de no existir descendientes legítimos: la inteligencia que le da Matesil. es absurda, y asi lo demuestra Ludov. Boloñ. en las adic. A mas de que, aun cuando fuera genuina, siempre tendríamos que el cit. §. 13., asi como la l. 8. de este tit. de Part. hablaban únicamente del padre, y no de la madre y demas ascendientes de la línea materna.

(75) Concuerda con la l. 5. al fin C. *ad Orphic.* y con el §. 3. Instit. d. tit., junto con la Glos. Empero esto se halla corregido por la l. 9. de Tor., [l. 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.] la que remueve el espurio de la sucesion á la herencia materna, mientras existen hijos legítimos.

(76) Entiéndase de la union por la que la madre incurre en pena en el foro esterno; asi lo entiende Bart. en la l. ult. D. *de his quib. ut indig.* col. 1. y Ang. Aret. en el §. 3. Instit. *de S. C. Orphic.*, col. ult.; en los pro-

pios términos lo dispone la l. 9. de Tor., con aquellas palabras, *de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre*: ademas los DD. hablando con referencia al derecho comun, nos dan por ejemplos la union entre parientes ó afines, entre la dueña y el esclavo, la que tuviere lugar con una muger casada ó religiosa, Bart. lug. arriba cit., Juan Bautist. de S. Sever. en la l. 5. C. *ad Orphic.* fol. 2. col. 1. y Ang. en d. §. 3. Lo mismo dirémos del que hubiere nacido de estupro, pues que por semejante union incurre tambien en pena la madre, arg. l. 13. §. 7. y ult. D. *ad leg. Jul. de adult.* y l. 20. C. d. tit., segun la primera inteligencia que le da la Gloss.: la misma Gloss. en la l. 35. C. d. tit. trata de si hoy dia la pena del estupro respecto de la muger, habrá sido modificada, cual la del adulterio; véanse sobre lo mismo la Glos. y Bart. en la l. 38. D. *de adult.* y Salic en la l. 18. y en la cit. l. 35., donde distingue, y añad. Ang. Aret., quien en el tratado de los delitos en la parte *che may adulterato*, col. 7., dice, que sobre la muger pesa la pena de estupro lo mismo que en el varon. Empero, vemos en nuestros tiempos que á mas de haber caido en desuso esta pena, ninguna absolutamente se impone á la muger; y vemos tambien que nuestras leyes de Partida tampoco imponen semejante pena á la estuprada, á no ser que medie incesto, ll. 1. y 2. tit. 19. y l. ult. tit. 18. Part. 7. En el supuesto que la doncella haya sido estuprada con violencia, no es ella punible entonces, y de consiguiente sin dificultad, el hijo le sucederá, Bald. en la l. 14. C. *de fideicom.* col. 6. y en la l. 5. D. *ad Orphic.*, y pruébalo la cit. l. 13. §. 7. D. *ad leg. Jul. de adult.*; y lo mismo dirémos del nacido de viuda honesta, d. l. 13. y l. 6. d. tit. y el §. 2. Instit. *de publ. jud.* Sin embargo, es punible el estupro cometido con una viuda honesta, aunque pertenezca á la última clase del pueblo, y el que se cometiere con una doncella pobre perteneciente á dicha clase, como se deduce de las cits. ll. y de d. l. 2. tit. 19. Part. 7., y asi opina Bertrand., cons. 158., vol. 3. Sea de esto lo que fuere, la l. 9. de Toro es en este punto terminante: segun ella es union punible, al efecto de que los hijos sean escluidos de la herencia materna, aquella por la que la madre incurre en la pena de muerte natural: sirva de ejemplo el caso de la l. 1. C. *de mulier. quæ serv. propr. se immisc.*; á la misma clase pertenecerá la union incestuosa, en efecto, la l. ult. tit. 18. Part. 7. dice, *esta misma pena deue auer la muger que a sabiendas fiziere este pecado*, es decir, la pena de muerte, pues que es la que se impone en semejante caso al varon; hace al propósito el cap. *relegantes*, 23. q. 5.: y si bien la pena del adulterio ha sido modificada por lo que toca á la muger, no ha sucedido otro tanto respecto de la de incesto, como dije mas arriba, y lo advierten la Glos. y Bart. en d. l. 38., pr. A lo menos tendrá lugar la pena de muerte, cuando el incesto fuere entre ascendientes y descendientes, Levit. cap. 18. vers. 22., asi como si concurriere con el adulterio, d. l. 38. pr. y allí Bart. y Ang. Aret. en d. tratado, part. cit. col. 5.

Qué dirémos del hijo adulterino? Por derecho comun no hay dificultad en que no seria admitido á la sucesion de la madre, pues que la union es vedada y punible respecto de aquella: empero, por nuestras leyes de Partida hay motivo de duda. En efecto, en esta que se comenta leemos, *natus ex damnato coitu, que quiere dezir tanto, como el que nasce de muger religiosa*; y ademas la l. 4. tit. 3. de esta Part. que dice; *nin puede establescer por heredero a ninguna persona, que fue nascida de dañado coitu, que quiere tanto dezir, como de vedado ayuntamiento, assi como de parienta, o de muger religiosa*: ni una palabra se dice de la muger casada. No obstante, consideramos escluido al hijo adulterino, atendido que las citadas leyes hablan por via de ejemplo, y de consiguiente no escluyen los casos parecidos; y asi opina, alegando esta ley, Rodr. Suar. en la repet. á la l. 1. tit. 7. lib. 4. del Fuer. Real, fol. ult. al fin.

Mayor duda surge de la la cit. l. 9. de Tor. y de la l. del Fuer. que autoriza al marido para que mate á su muger adúltera. Desde luego parece que la muger incurre en pena de muerte, y este es el parecer de alguno de los intérpretes de la cit. l. 9. Empero puede decirse por el contrario, que la ley del Fuero permite y no manda, autoriza al marido para matar á su muger, mas no impone la última pena; y de consiguiente parece que por la cit. l. del Fuero no será ayuntamiento punible el adulterio, arg. de lo anotado por Bald. en la l. 11. C. *qui accuss. non poss.*, col. penult. y en el cap. *ex litteris* al fin *de constit.*, y segun una glos. notable, generalmente recibida, en la l. 11. C. *quod met. caus.*: en semejante caso el marido obra vengando su propia injuria, y no como ministro de la ley, Salic. y Paul. de Castr. en d. l. Sin embargo, no deja de apoyar con alguna fuerza la primera opinion el que para poderse decir que uno ha incurrido en la pena de muerte, es bastante que en algun caso pueda ella imponerse, arg. l. 56. D. *de condict. indeb.*; de ahí es que dicen los DD. que tambien se llamará capital el crímen por el que se impone alternativamente la pena capital, con otra dis-

tinta, arg. l. 25. D. *quand. dies leg. ced.*, Bart. y otros en la l. 2. D. *de pub. jud.* y allí tambien Juan de Imol. col. 2., vers. 3. *tangit*: agréguese que, segun Bart., para poderse llamar capital el crímen, basta que, atendida la disposicion de la ley, sea posible la imposicion de dicha pena. No obstante puede contestarse que las decisiones de los cit. DD. se refieren á casos en que, ó alternativa, ó condicionalmente se impone por la ley la pena capital; mientras que en nuestro caso la ley no la impone, sino que la autoriza, no á cualquiera, y sí únicamente al marido en venganza de su propia injuria, y no como ministro de la ley. Medítese esta cuestion interesante, la que hasta ahora no ha sido tratada por ningun jurisconsulto español.

Qué dirémos de los hijos de clérigos, frailes ó monjas? Véase la cit. l. 9. al fin, y lo que dije en la 3. tit. 21. Part. 4.

La incapacidad de suceder que tienen los hijos nacidos de union punible, se estenderá á los demas descendientes? Asi parece, ya porque provienen de un tronco corrompido, ya porque no deben ser de mejor condicion que los de primer grado, arg. l. ult. C. *de natur. lib.* y lo anotado en ella, l. 220. D. *de verb. signif.*, cap. *causam* el 1. *qui fil. sint legit.* y allí Abb., cap. lator, d. tit. y allí Anton. y Bald. en la l. ult. C. *de verb. signif.* y en la l. 3. C. *de bon. mat.* Empero Socin., cons. 148., col. ult. vol. 1., opina por la admision de dichos descendientes, fundado en que sucediendo por derecho antiguo á la madre todos los espurios, ll. 4. y 2. D. *und. congn.*, y privándose únicamente de dicha sucesion por la nov. 89. §. ult., á los hijos de primer grado, no debemos estender la disposicion de la cit. nov. á lo que ella no espresa, segun las ll. 27. C. *de testam.* y 32. C. *de appell.*; lo que dice colegirse de lo anotado por Cyn. en d. l. ult. C. *de natur. lib.*, y añade que en estos términos lo decide Juan de Monte Sperello en la l. 5. C. *ad Orphic.*: á los argumentos alegados en contrario contesta Socin. que tan solo proceden respecto de la sucesion paterna, y de los demas ascendientes de esta línea, á la cual no habiendo sido jamas admitidos los espurios por derecho antiguo, es claro que los descendientes de estos no podrán acogerse á ninguna ley permisiva, y por lo mismo serán removidos de la sucesion por el hecho de ser incapaz la raiz de donde proceden. Viene en apoyo de Socin. lo que dice Nicol. de Ubald. en el tratado *de success. ab intest.* part. 3., col. 3. vers. 2. *casu*, á saber, que si bien parece que por el hecho de ser escluida de la sucesion del espurio la madre noble, segun d. l. 5. C. *ad Orphic.*, deberian tambien serlo los colaterales de la línea materna, pues que infeccionada la raiz, no pueden retoñar las ramas: con todo, parece mas acertada la opinion contraria, dado que la ley del C. se limita á privar á la madre de dicha sucesion, sin hablar una palabra de aquellos parientes que las leyes del Dig. admitian; á lo que es consiguiente que dichas leyes queden en este punto intactas, arg. d. l. 32. C. *de appell.*, cap. *cum expediat*, *de elect.*, lib. 6., y hace al propósito la nov. 22. cap. 27. Viene en apoyo de lo mismo lo anotado por Bald. en la l. penult. C. *de legit. hæred.*, donde dice, que si una ley municipal dispusiera que la hermana no suceda al hermano, no se entenderá que este no deba suceder á aquella, porque dada una prohibicion, no hemos de suponer otra mayor. Movido de este argumento de Bald., dice Mig. Cifuent. en d. l. 9. de Toro, que los parientes legítimos de los clérigos sucederán á los hijos de estos; no obstante que semejantes hijos no suceden á los parientes por la línea paterna. De la misma suerte podria decirse que, si bien por la cit. l. de Toro ampliando la de Soria, quedan privados de la sucesion de la madre, los hijos de clérigo; no se entenderán escluidos los nietos y demas descendientes, quienes pueden invocar en su favor las leyes antiguas permisivas; y que con igual fundamento, los hermanos legítimos y naturales del clérigo podrán suceder á los hijos de este, por mas que tales hijos estén escluidos de la sucesion de aquellos; lo que no carece de dificultad, ya atendida la cit. l. ult., ya, si se considera que en la sucesion abintestato son recíprocos los derechos de los colaterales, nov. 89. cap. 4., Ang. Aret. en el tratado *de testam.*, col. 9. y Nicol. de Ubald. en dicho tratado *de success. ab intest.* part. 3., col. 3. y 4. Dirémos pues que la citada ley de Toro no hace mas que estender á la sucesion de la madre, lo dispuesto por la ley de Soria; es decir, que escluye de la sucesion dicha al hijo del clérigo, sin privarle del derecho de suceder á los parientes maternos: esta es su disposicion, la que por ser correctiva del derecho antiguo, no debe estenderse á mas de lo que espresa, como dije en la cit. l. 4. tit. 21. Part. 4. Sucederá pues el hijo del clérigo, á los parientes maternos, quienes á su vez le sucederán á él. Viene en apoyo de esto lo que dice Nicol. de Ubald. lug. arriba citado, donde concluye que á los adulterinos, incestuosos y á los nacidos de union punible les sucederán los colaterales de la línea materna, ya porque en estos existe el derecho de cognacion respecto de aquellos, ya porque la ley no los escluye espresamente: la esclusion pesa sobre la madre respecto del hijo y sobre este, por lo que mira á la sucecion de aquella, y el fundamento de la mis-

muger Religiosa (77), que es ayuntamiento dañado por sentencia de ley. Esso mesmo seria, si tal muger como esta fuesse dueña de noble linage (78), o de honrrado lugar. Ca si esta atal ouiesse fijo, de aquellos que son llamados spurios, non deue heredar de los bienes della el espurio con el legitimo (79). E espurio es llamado (80) el que nascio de muger puta, que se da a muchos.

LEY 12. *En que manera pueden heredar entre si los hermanos que son dichos naturales.*

Fijo natural (81), que non es nascido de legitimo matrimonio, si muriere sin testamento, non auiendo fijos, nin nietos, nin madre,

ma esclusion es el delito cometido, como se deduce de la cit. nov. 89., cap. 4., delito cuyos efectos no deben alcanzar á los que sin ningun hecho de su parte se han encontrado parientes, arg. *reg. non debet. non quis sine culpa, de reg. jur.*: y esta opinion fue sostenida, segun Juan Petrucc., en la l. ult. D. *de in jus. voc.*, por su maestro y por Dyn. En virtud de lo dicho se ve que no puede sostenerse lo que dice Cifuent., respecto de los parientes del clérigo: en efecto, escluyendo la ley de Soria al hijo de este, de la sucesion de tales parientes, es claro que por el contrario no tendrán ellos derecho para suceder al hijo de su pariente clérigo.

(77) Concuerda con la l. 5. C. *de Episc. et cleric.* Segun la Glos. en el cap. *virginibus*, 27. q. 1., el que tiene acceso con una monja comete tres crímenes á la vez, incesto, adulterio y sacrilegio, y sus bienes se aplican al monasterio, cap. *si quis rapuerit*, d. caus. y q.; y acerca de la pena en que la monja incurre véase el cap. *si qua monacharum*, d. caus. y q.

(78) Concuerda con la l. 5. C. *ad Orphic.*

(79) Esto tiene lugar, segun la cit. l. 9. de Toro, aunque la madre no sea noble: sucederá pues á la madre, no obstando el hijo, ó hijos legítimos; segun esta l. de Part. y d. l. 9. —* Véase el Apéndice, Sec. 3. art. 1.

(80) Nótese pues que será espurio aquel cuyo padre se ignora: tambien es llamado tal el nacido de union punible, segun Salic. siguiendo á la Glos. en la cit. l. 5., y añad. §. 12. Instit. *de nupt.* Llámase *spurius*, cual si se dijera, *sparsim conceptus*: véase Covarr., *Epitom. matrim.*, part. 2., cap. 8., §. 5., pr.

(81) Parece hablar aqui del hijo natural propiamente tal, esto es, de los mismos á que se refiere la l. 8. de este tit. En cuanto á los nacidos de union punible, dúdase mucho si les sucederán los hermanos uterinos y demas colaterales de la línea materna; Matesil. en su tratado *de success. ab intest.*, fol. 13., col. 2. y 3., dice que, ya fueren los dos de union punible, esto es, el difunto y el hermano que pretende sucederle, ya lo fuere uno de ellos tan solo; no cabe entre los mismos el derecho de sucesion, dado que no pueden llamarse hermanos primos ó parientes; alega la nov. 89., cap. ult., dice ser esta la opinion de Dyn. en el tratado *de success. ab intest.*, col. 1.; añade tambien, que quitados los cimientos, desaparece el edificio, cap. *cum Paulus*, 1. q. 1. y allí Bolognino; y por fin, dice, que asi como el nacido de union punible no puede suceder á su hermano legítimo y natural, tampoco podrá sucederle á él dicho legítimo que es su hermano uterino. Con Matesil. conviene Aug. Aret. en el §. 4. Instit. *de success. cogn.* La misma opinion sostienen Alex. latamente, cons. 174., vol. 5., Mat. de Aflict., decis. 96., y otros DD. que allí cita, Juan de An., cons. 95., Abb., cons. 50., vol. 2., Dec., cons. 311., col. 1. y Aymond., cons. 38., col. 3. Empero, sostuvieron la opinion contraria muchos otros DD. citados por Mat. de Aflict. en d. decis., Juan S. Petrucii de Monte Sperelo, en la l. 5. C. *ad Orph.*, cuyos argumentos pueden verse en la cit. decis., Nicol. de Úbald. en su tratado *de success. ab intest.*, como dije en la l. anter., Corn. en d. l. 5., en el cons. 21., vol. 1. y cons. 234., col. penult., vol. 4. y Curcio el mas jóven, cons. 123., y segun el cit. Aflict., de acuerdo con esta opinion habia fallado el consejo napolitano. Es tanta la variedad de opiniones, que no es fácil averiguar cuál sea la general. Nuestra l. de Part. á ninguna de ellas favorece, pues que habla del hijo natural, acerca del cual no recaia cuestion. Que nuestra ley no habla del hijo nacido de union punible lo manifiestan aquellas palabras; *non auiendo fijos, nin nietos, nin madre*: en efecto, suponiendo que la madre es preferida á los hermanos, es claro que quiso hablar del hijo natural, pues que al nacido de union punible no le sucede la madre segun la ley anterior. El lector podrá elegir entre las indicadas opiniones: como la cuestion es harto dudosa, y atendido que los argumentos aducidos por entrambas partes son de mucho peso, seria conveniente que por una declaracion real se decidiera este punto. Adviértase que Ludov. de Sard. en su tratado *Legitimation.*, cap. *sequitur de successione spuriorum*, vers. *sed 1. quæritur* y el insigne Andr. de Isern. en el §. *naturalis*, *si de feud. fuer. controv. int. dom. et agnat.*, son de los que sostienen que los colaterales, aunque nacidos de union

estonce sus hermanos que le pertenescen de parte de su madre (82), deuen auer todo lo suyo (83): e si otros hermanos ouiere de parte de su padre tan solamente, non heredaran (84) ende ninguna cosa. E esto es, porque los hermanos que le pertenescen de parte de su madre, son ciertos, e los de parte del padre son en dubda. Mas si este fijo natural que muriesse sin testamento, ouiesse otros hermanos naturales, que le pertenesciessen de su padre tan solamente, e non ouiesse de los otros que fuessen nascidos de su madre como el; estonce estos atales (85) bien heredarian lo suyo, porque son los mas cercanos parientes. Fueras ende, si el que assi muriesse ouiesse hermano natural e legitimo (86) de parte de su padre. Ca estonce, este ha mayor derecho en la herencia, que los otros naturales que son de parte del padre tan solamente. Otrosi dezimos, que los fijos naturales non han derecho de heredar los bienes de los legitimos (87), nin de los parientes otros (88) que le pertenescen de parte de su padre; mas de los otros parientes que le pertenescen de parte de su madre (89), que muriessen sin testamento, bien los puede heredar, seyendo ellos mas propinquos parientes.

punible, se suceden recíprocamente abintestato.

(82) Sin embargo, si el difunto tenia hermanos legítimos y naturales por parte de su madre, tal vez serán preferidos á los meramente naturales, arg. l. 5. C. *ad Orphic.*, l. 9. *de Toro*, y lo que se lee mas abajo en esta misma ley: sostiénenlo Ang. en la nov. 8. cap. ult., vers. *sed restat videre.*

(83) No obstante, si viviere su padre, sucederá ó la sesta parte y á todo lo restante los hermanos uterinos, nov. 89. cap. 13. y Matesil. en d. tratado, fol. 14. col. 3., vers. *sed quid si in casu prædicto.* Si el difunto hubiese dejado dos hermanos, el uno uterino y el otro por entrambos lados, este será preferido al primero, arg. auth. *itaque*, C. *comm. de success.* y el mismo Matesil., lug. cit., vers. 3. *quid si superviveret;* y aun cuando dicho hermano no fuese legítimo. Es digna de notarse, segun Bolognino allí mismo esta ampliacion de la cit. auth. Con Matesil. conviene Ang. Aretin. en el §. 4. Instit. *de success. cogn.*, col. ult.

(84) Concuerda con la nov. 89. cap. 4. y con la l. 4. D. *und. cogn.*

(85) Reprueba aqui la opinion de la Glos. en la l. 2. D. *und. cogn.*, opinion que dice ser singular Abb., cons. 50., col. 1., vol. 2., asi como Florian. en la l. 27. D. *de probat.*, y con la que conviene Bart. en la nov. 89., cap. 2., §. 1.: decia la cit. glos. que los hijos naturales nacidos de un mismo padre, pero de distintas concubinas, no podian sucederse recíprocamente, aun cuando el padre no hubiese tenido todas las concubinas á la vez. De la misma suerte opinaban el Spec. y Juan Andr. en las adicion., tit. *de success. ab intest.*, vers. *quid de natis ex uno patre.* Otros habia, segun el mismo Juan Andr., en la adicion, que opinaban lo contrario; y el parecer de estos es el que sanciona nuestra ley de Part. La misma opinion sostenia Alber. en la l. 8. C. *de natur. lib.*, citando en su apoyo al Spec., el cual, si bien se lee, se ve que está en contra, como llevo dicho.

(86) Viene esto en confirmacion de lo que dije en la glos. 82.: añad. Ang. en la nov. 89. cap. ult., vers. *sed restat*, donde dice, que cuando se trata de la sucesion entre hermanos es preferido aquel que está unido con mas vínculos, á saber, con el de la naturaleza y con el del derecho: nótese esto para la interpretacion de la cit. auth. *itaque* C. *comm. de success.*

(87) Concuerda con la nov. 89. cap. 4., la que es algo mas rigurosa, comprendiendo en su disposicion al legitimado: añad. l. 4. D. *und. cogn.*, y limítese esto por el contenido del tit. Instit. *de serv. cogn.* Si no hubiese ningun otro hermano del difunto, sucederá el hermano natural de parte de padre? Asi parece, pues que el difunto hubiera en su caso sucedido á dicho hermano, segun esta misma ley, y pues que los derechos de sucesion son recíprocos, como dije en la ley anterior.

(88) Concuerda con d. l. 4., con la nov. 89. cap. 4., con el §. 4. Instit. *de success. cogn.* y con el §. 3. Instit. *ad Orphic.* De estas palabras se colige que el hijo del hermano natural no sucederá á su tio, por mas que su padre pudiera sucederle, por esta misma ley, vers. *ca estos atales:* asi pues tendrémos un caso especial y estraordinario en que la sucesion no se estenderá á los hijos de los hermanos, aun cuando no existieren hermanos uterinos.

(89) Concuerda con la l. 4. y otras arriba citadas. El hijo natural sucederá á la madre ó á los parientes de parte de esta en el feudo materno? Andr. de Isern. opina que nó en dicho §. *naturalis*, fundado en las palabras generales del mismo texto. De aqui puede inferirse que tampoco sucederá al mayorazgo materno. No obstante medítese este punto y véase el cap. *dicat aliquis*, 32. q. 4., junto con la l. 17. §. 4. D. *ad Trebell.*

APÉNDICE

á la sucesion abintestato (*).

SECCION 1.ª

De los casos en que tiene lugar la sucesion abintestato.

1. Tendrá lugar en cuanto á la totalidad de la herencia: 1.° si no existe testamento, ó bien no ha sido otorgado legalmente, l. 1. de este tit.—2.° Cuando el testamento se hubiese invalidado, inutilizando el testador á sabiendas la escritura, ó alguna de las partes esenciales de ella; y tambien si la inutilizacion proviniese de parte de un tercero ó del acaso, siempre que lo rasgado ó borrado no pueda leerse, l. 24. tit. 1. de esta Part. y l. 1. §. 1. D. *de his quæ in testam. delent.* (*a*).

2. Hay lugar á la sucesion legítima parcialmente: 1.° En el supuesto que el difunto hubiese testado de una parte tan solo de sus bienes, haya ó no instituido heredero: lo mismo tendrémos si la disposicion es parcial en cuanto al tiempo, por haberse nombrado heredero para cierto dia ó hasta cierto dia; para todo lo cual le autoriza la disposicion de la l. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.—2.° Si los herederos escritos y los sustitutos repudian la herencia ó han premuerto al testador, ó se han hecho incapaces.—3.° Cuando los mismos se hubiesen hecho indignos, en el supuesto que la causa de indignidad no fuese de las que atribuyen la herencia al fisco; véanse las ll. 13. y sigs. tit. 7. de esta Part. (*b*)—4.° Si uno de dos ó mas herederos testamentarios no quiere ó no puede admitir la herencia, y no tiene sustituto, ni se halla conjunto con otro.—5.° Cuando el testamento se rompiere por causa de preterición ó desheredacion.

En el primer caso tendrá lugar la sucesion legítima respecto de la parte de bienes, de que el testador no dispuso; hasta el dia marcado por el testador, si la institucion es á dia cierto: transcurrido el término prefijado, cuando el heredero fuere nombrado para cierto tiempo. En el segundo y tercero los sucesores legítimos son llamados en lugar de los testamentarios que no han querido ó no han podido admitir la herencia, cumpliéndose el testamento en cuanto á las mandas y demas disposiciones, l. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. En el cuarto tendrá lugar la sucesion legítima, en cuanto á la parte del heredero que no quiere ó no puede admitirla: en efecto, pudiendo cualquiera, segun la ley del Ordenamiento, morir en parte testado y en parte intestado, el derecho de acrecer entre coherederos, no se admitirá en todos los casos, y sí

(*) Siendo considerables las modificaciones que en esta materia ha sufrido el derecho de las Partidas en virtud de leyes posteriores, en particular por las de Toro y la de 16 de mayo de 1835., no cabia dar por medio de adiciones aisladas una idea de la legislacion actual. Por esta causa hemos creido indispensable este apéndice. En él se hallarán indicadas y en su lugar correspondiente, las disposiciones de las Partidas que quedan en pie; y por lo que mira á las cuestiones que agita Gregorio Lopez, nos limitarémos á la cita de la glosa, á no ser que no estuviésemos conformes con la solucion.

(*a*) A pesar de que segun la cit. l. 24. subsiste el testamento cuando se ha inutilizado una parte esencial por acaso ó por obra de un tercero; hemos distinguido en este punto, de acuerdo con el derecho romano, fundados en las observaciones que dejamos apuntadas en la adic. á la glos. 125. del cit. tit. 1. de esta Part.

(*b*) Parece á primera vista que, abolida la pena de confiscacion, la parte del indigno ya no podrá vindicarla en caso alguno el fisco; y así lo deciden algunos escritores. Empero, esta decision se presenta muy dudosa al considerar que dicha parte, si se ha adjudicado al fisco, ha sido mas bien como bienes vacantes, que á título de pena. En efecto, parte de las causas de indignidad por las que vindica la herencia el fisco, son meras omisiones que ni remotamente pertenecen á la categoría de delitos: omisiones que indican de parte del heredero muy poco interes por la memoria del difunto, la mayor ingratitud respecto de su

solo entre conjuntos cual en los legados; es decir cuando lo exija la presunta voluntad del testador. En el último caso, lo mismo que en el segundo y tercero, son admitidos los herederos abintestato á los bienes que hubieren correspondido á los herederos escritos, quedando salvas las mejoras, las mandas y demas disposiciones singulares, l. 7. tit. 8. de esta Part. y l. 8. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

SECCION 2.ª

Personas escluidas de la sucesion abintestato.

3. En primer lugar no es admitido á la herencia legítima el que no era concebido al tiempo de la muerte de aquel de cuya sucesion se trata, porque semejante persona no llegó á estar ligada con vínculo alguno de parentesco con el difunto, l. 6. D. *de suis et legit. hæred.* y el §. 8. Instit. *de hæred. quæ ab intest. defer.* Asi pues, si muere el padre con testamento que penda de condicion, la que deja de cumplirse algun tiempo despues, y en el tiempo intermedio el hijo contrajo matrimonio y murió dejando un hijo, este no tendrá derecho á la sucesion del abuelo (*c*).

Si bien basta ser concebido para tener la capacidad de suceder, considerándose como nacido el póstumo; no obstante si el nacimiento no se verifica ó no tiene lugar en los términos de la l. 13. de Toro (l. 2. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec.); la sucesion no se realiza respecto del póstumo, l. cit. Si el que debiera suceder junto con el póstumo se presentare á reclamar su parte antes del nacimiento de este, se efectuará interinamente la division cual si debiesen nacer tres personas, l. 3. D. *si pars. hæred. petat.*

4.º Serán tambien escluidos de la sucesion legítima los que hayan sido desheredados por el difunto. Esta causa de esclusion era un imposible por derecho romano y atendidas las leyes de Partida; porque debiendo hacerse la desheredacion en testamento, y de otra parte no pudiendo nadie morir parte testado y parte intestado; si el testamento subsistia, la sucesion era de todo punto testamentaria; si se invalidaba, caia la desheredacion con él. Ahora, destruido el principio de la unidad de sucesion cabe ya el escluir de la abintestato por medio de desheredacion; esto es, dictándola en testamento en que se disponga de parte de los bienes: en este caso el desheredado no podrá pretender derecho á la parte de herencia de que no dispuso el difunto, á cuya parte, segun la l. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. hubiera sucedido en calidad de heredero legítimo, siendo el pariente mas cercano.

5.º Hay otros que son escluidos bajo la denominacion de incapaces. La incapacidad puede ser absoluta ó relativa. De la primera especie no hallamos otro caso espreso referente á la sucesion de que se trata, que el de los religiosos profesos; (*d*) y aun esta incapacidad ha desaparecido por el decreto de cór-

bienhechor, quien si viviera no es presumible que agraciara al ingrato. Mas, como de otra parte no consta cuál seria su voluntad, mayormente cuando se separó de la sucesion legítima, y no designó sustitutos; tenemos entonces unos bienes que persona alguna puede reclamar con suficiente título. Ademas, supuesta la aplicacion del artículo constitucional á las confiscaciones por indignidad; era preciso aliviar de la pena al que debia sufrirla, esto es, al indigno: veníamos á parar pues al absurdo. Reconocemos no obstante que, suponiendo subsistentes en todas sus partes las leyes de Part. sobre los indignos, se atacara mas ó menos al artículo constitucional en su espíritu: empero insistimos en que la aplicacion del principio que contiene, hecha á la materia que nos ocupa, no cabe sin venir á parar al absurdo, mientras no existan las leyes penales que deben ser su corolario.

(*c*) Callando sobre este punto nuestras leyes, hemos apelado á las romanas, ya que estas deban considerarse como el espíritu de las Partidas en la parte civil. No obstante, á nosotros nos ha parecido siempre duro el fijar para la existencia del sucesor el tiempo de la muerte de aquel de cuya sucesion se trata. A esta disposicion, de la que puede resultar la esclusion de la línea descendiente en beneficio de los colaterales, no le hallamos otro fundamento que una sutileza inventada para sostener el contesto literal de las doce tablas. Es preciso, se dirá, fijar un tiempo dentro del cual deba existir la persona, para tener derecho á la sucesion, pues que de otra suerte las herencias permanecerian en perpetua incertidumbre. Cierto, pero para esto basta fijar el momento de la delacion de la herencia: en efecto, desde la muerte hasta que la delacion se verifica, cuando estos tiempos son distintos, no hay necesidad de que se determinen las personas que deban suceder.

(*d*) La l. 4. tit. 3. de esta Part. enumera algunas incapacidades respecto de la sucesion testamentaria. Fácilmente se concibe que seria arriesgado estender la disposicion de d. l. á las sucesiones legítimas.

tes de 22 de julio de 1838. Hallamos sí, incapaces relativos, y estos son punto general los ilegítimos; véase la adic. á la glos. 28. del tit. 3. de esta Part.

6.° Por fin, otros hay que son removidos por indignos: véanse las ll. 13. tit. 7. y 12. tit. 16. de esta Part., junto con la glos., véase ademas la l. 5. art. 25. tit. 37. lib. 7. Nov. Rec. y lo que decimos en la nota 6. de este apéndice.

SECCION 3.ª

Personas llamadas á la sucesion legítima.— Orden de los llamamientos.

7.° Por punto general la ley llama á la sucesion legítima, atendiendo á la proximidad de grado; en primer lugar á los descendientes legítimos; despues á los ascendientes; y en último lugar á los colaterales.

8.° No obstante, esta regla se encuentra modificada á cada paso. En efecto, el derecho de representacion concedido á ciertas personas; la admision de los hijos ilegítimos á la sucesion materna, en el primer órden; la preferencia atribuida al doble vínculo en los dos primeros grados de la línea colateral; la consideracion que se da en ciertos casos á la procedencia de los bienes; el admitirse la viuda pobre á parte de la herencia, aun cuando existan hijos del difunto; el darse lugar en la sucesion paterna á los hijos naturales junto con los ascendientes, é intercalándolos en la línea colateral: y por fin el intercalarse tambien en esta misma línea al conyuge sobreviviente; constituyen otras tantas escepciones ó modificaciones de la regla general que hemos sentado.

Ademas, la ley no considera al igual todos los hijos legítimos; sino que distingue entre los que proceden de matrimonio ó legitimacion por medio del mismo, y los legitimados por autorizacion real, y los adoptivos. Agréguese á todo lo dicho que se encuentran diferencias muy marcadas entre la sucesion á los bienes del que era hijo legítimo, y la que tiene lugar por fallecimiento de un ilegítimo.

Para proceder con toda la claridad posible en esta materia, tratarémos primero de la sucesion á la herencia de los legítimos, y despues, de la sucesion á los ilegítimos, distinguiendo en unos y otros entre el varon y la muger.

Artículo 1.°

Sucesion á las herencias de los varones legítimos.

9.° Siendo varon y legítimo el que ha fallecido intestado, son llamados á suceder por su órden; 1.° los hijos y demas descendientes legítimos: 2.° los hijos legitimados por medio de autorizacion real: 3.° los adoptivos: 4.° los ascendientes, junto con los hijos naturales y la madre de estos: 5.° los colaterales hasta el cuarto grado inclusive; 6.° los hijos naturales legalmente reconocidos: 7.° la viuda mientras no se hubiese separado con demánda de divorcio: 8.° los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive.

Primer Órden. — *Hijos y demas descendientes legítimos.*

10. Pertenecen á esta clase, y son por consiguiente llamados en primer lugar, los nacidos ó concebidos de matrimonio legítimo ó putativo, los legitimados por subsiguiente matrimonio, y los hijos de estos hijos, procreados ó legitimados de la misma suerte, l. 1. tit. 13. Patr. 4., l. 3. de este tit. y ll. 1. y 7. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

11. Entre las personas comprendidas en este órden tiene preferencia la proximidad de grado, salvo el derecho de representacion concedido á los nietos y demas descendientes, cuando ninguna persona se interpone entre ellos y el difunto. Apliquemos este principio á los casos que pueden sobrevenir.

1.er Caso: Que no existan mas que hijos. Entonces no hay cuestion: todos suceden y en partes iguales, d. l. 3.

2.° Caso: Que existan hijos y nietos, pero con la circunstancia de vivir el padre de estos. En este supuesto tambien sucederán los hijos solos, como mas próximos, no pudiendo concurrir los nietos por no caber la representacion viviendo el padre, d. l.

3.er Caso: Que haya dos, tres ó mas hijos, y que uno de ellos se encuentre desheredado ó repudie su parte, teniendo hijos. En tal caso, los hijos del difunto que no fueron desheredados, ni han repudiado, sucederán solos, con esclusion de los hijos de su hermano, quienes se hallan en grado mas remoto, y sin el recurso de la representacion: en efecto no pueden colocarse en el lugar de su padre, pues que ni la desheredacion, ni la pretericion le han separado del que ocupaba en la familia, arg. de d. l. 3. y el §. 7. Inst. *de hæred. quæ ab intest. defer.*

4.° Caso: Que haya dos ó mas hijos del difunto, desheredados ó que repudien: entonces si cada uno tuviere hijos, sucederán estos á su abuelo como mas cercanos, no por derecho de representacion, pues que no pueden

colocarse en el lugar de sus respectivos padres, segun lo que llevamos dicho; y sí por derecho propio, y de consiguiente en cabezas.

5.° Caso: Que el difunto dejare uno ó mas hijos, y nietos procedentes de otro hijo premuerto, ó que falleciere antes de deferirse la herencia. En este supuesto, junto con los hijos sucederán los nietos en representacion de su padre, correspondiéndoles la parte que á este hubiera tocado, y la dividirán entre sí igualmente, d. l. 3. de este tit.

6.° Caso: Que todos los hijos del difunto hubiesen fallecido, dejando hijos. Entonces suceden estos al abuelo por estirpes, vindicando cada estirpe ó generacion la parte que hubiera correspondido á su padre, d. l. 3.

7.° Caso: Que no haya mas que nietos de un mismo hijo. En este supuesto se dividirán en partes iguales toda la herencia; y el resultado será el mismo, ya se diga que suceden por derecho propio, ya se les atribuya el de representacion.

12. Junto con los descendientes, y en los demas órdenes de sucesion hasta el sexto inclusive, (*e*) es admitida la viuda del intestado, siempre que careciese de bienes propios con que atender á su subsistencia, y que el difunto no le hubiese mandado lo suficiente al efecto. Con estas circunstancias la ley le adjudica la cuarta parte de la herencia, cuarta que no puede esceder jamas de cien libras de oro, sea cual fuere el valor de los bienes de su difunto marido, l. 7. de este tit. (*f*).

Segundo Órden. — *Hijos legitimados por medio de autorizacion real.*

13. Estos son llamados en segundo lugar á la sucesion abintestato, esto es, cuando no existen descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio; aun cuando en la real cédula se hubiese espresado que la legitimacion se otorgaba al efecto de heredar á los padres ó abuelos, l. 7. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. (*g*)

Bajo el nombre de hijos vienen aqui comprendidos los demas descendientes legitimados en dicha forma, l. cit.

14. ¿Qué dirémos si un hijo legitimado mediante autorizacion real, hubiese premuerto dejando un hijo legítimo? sucederá al abuelo en concurrencia de los hijos ú otros descendientes legítimos del mismo? En primer lugar es evidente que no podrá ser admitido junto con sus tios, pues que para hallarse en el mismo grado que estos, deberia colocarse por representacion en lugar de su padre, el cual se halla escluido por los descendientes legítimos. Igual inconveniente hallara concurriendo con los hijos de los legítimos premuertos. La cuestion queda pues reducida al caso que los hijos legítimos repudiasen la herencia ó fuesen desheredados: entonces como que los hijos de tales legítimos no pueden colocarse en primer lugar por representacion, parece que deberá suceder con ellos el nieto de que se trata, por hallarse en el mismo grado y con igual carácter de legítimo. Sin embargo, si se atiende que la legitimidad debe considerarse respecto de la persona á la que se sucede, será preciso convenir en que el derecho no puede ser igual, arg. de d. l. 7.

Tercer Órden. — *Hijos adoptivos.*

15. Nuestras leyes de Partida admiten los hijos adoptivos á la sucesion abintestato, junto con los legítimos y naturales; y ademas adjudican al hijo arrogado la cuarta parte de los bienes del padre arrogante en el caso que este lo emancipare sin justa causa ó lo desheredare, ll. 8. y 9. tit. 16. Part. 4.

16. Empero el Fuero Real escluye á los adoptivos cuando existen hijos ú otros descendientes legítimos y naturales, ll. 1. y 5. tit. 22. lib. 4. F. R.: y como de otra parte la l. 12. de Toro llama á los legitimados por autorizacion real, despues de los legítimos y naturales y legitimados por subsiguiente matrimonio; tendrémos que los adoptivos ocu-

(*e*) Decimos hasta el sexto inclusive, porque en el séptimo órden, el cónyuge sobreviviente sucede á la totalidad de la herencia en virtud de la l. de 16. de mayo de 1835.

(*f*) Véanse varias cuestiones sobre esta materia en la glos. 41. y sigs. de este tit.

En cuanto al valor de las libras de oro véase Covarrub. *Collatio veterum numismatum* cap. 6. Equivaliendo cada libra á 72 castellanos, segun opina dicho escritor, las ciento compondrán 7200 castellanos. Ahora, correspondiendo 500 castell. á 26,500 rs. vn., segun el cálculo que hicimos en la adic. á la glos. 63. del tit. 4. Part. 5., tendrémos que los 7200, ó sean las cien libras de oro, equivaldrian á 368,440 rs. vn.

(*g*) Greg. Lop. en la glos. á la l. ult. tit. 15. Part. 4. opina que los legitimados sucederán con los legítimos, si estos existian al impetrarse la legitimacion, y de ellos se hizo mérito por el padre: nuestro glosador cree que á este caso no se estiende la l. 12. de Toro,

parán el tercer lugar en la sucesion abintestato. Ademas, segun la cit. l. 5., el hijo adoptivo sucederá únicamente á la cuarta parte de la herencia, aunque no exista hijo legítimo: á no ser que entendamos la ley limitada á los hijos arrogados, como al parecer la entiende Montalvo. A la verdad no puede hallarse el orígen de esta cuarta fuera del derecho romano, el cual únicamente la atribuia al impúber arrogado.

Cuarto Orden. — *Ascendientes.* — *Hijo natural.*

17. Cuando no existiere descendiente alguno de los comprendidos en los tres órdenes anteriores, son llamados á la sucesion legítima los padres y demas ascendientes, observándose entre ellos la prerogativa de grado, l. 4. de este tit. junto con la l. 2. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. (*h*)

Esceptúanse los padres adoptivos, quienes junto con sus parientes estan escluidos de la herencia del hijo adoptivo, l. 5. tit. 22. lib. 4. del Fuero Real.

18. La distribucion de la herencia se verifica por líneas cuando hay ascendientes de un mismo grado pero de línea distinta; y por cabezas si las personas que concurren se hallan en igual grado y son de la misma línea, d. l. Asi pues, si existen el padre y la madre, escluirán á los demas ascendientes y dividirán entre sí la herencia en partes iguales, salva la porcion que corresponde al hijo natural, del cual hablaremos luego. (*i*) Si no vive mas que uno de los dos, como mas cercano sucederá á la totalidad de los bienes: cuando falten los padres, la herencia corresponderá á los abuelos, esto es la mitad á los de la línea paterna y lo otra mitad á los de la línea materna; de suerte que si falta por ej. el abuelo materno, la abuela llevará la mitad, dividiendo entre sí la otra los abuelos paternos, d. l. 4. (*j*)

que es la cit. de Rec.

(*h*) La l. de Part. conformándose con el derecho justinianeo, admitia junto con los ascendientes los hermanos por ambos lados y los hijos de estos cuyo padre hubiese premuerto: mas la de Rec. [l. 7. de Toro] escluye de todo punto á los colaterales, mientras haya un ascendiente.

(*i*) Cuando sucedan el padre y la madre ¿conservará el primero el usufructo legal, respecto de la mitad que toca á la segunda? Como en nuestras leyes no se encuentra disposicion espresa que recaiga sobre este caso, parece indispensable que se resuelva, atendido el fundamento de este usufructo. La ley concede al padre el usufructo del peculio adventicio del hijo, y le da semejante derecho como uno de los atributos de la patria potestad. Ahora bien, muerto el hijo, queda estinguida la patria potestad, desaparecen los peculios, y los bienes que los constituian no pueden tener otro carácter que el de herencia del hijo difunto; de consiguiente falta el fundamento en que el padre podria apoyarse para pretender el usufructo sobre la mitad correspondiente á la madre. Antonio Gomez en la l. 6. de Toro núm. 11. opina sin embargo por la continuacion del usufructo, fundándose principalmente en que el usufructo no se estingue por muerte de la persona sobre cuyos bienes se halla constituido; y se apoya tambien en que habiendo existido la patria potestad para constituirlo, en el momento como si dijéramos sacramental, no importa que despues ella desaparezca. A lo primero contestarémos que aun admitido el principio en abstracto, no era aplicable al caso de que se trata, porque no tenemos tan solo la muerte del dueño de los bienes, sino que á consecuencia de ella han perdido estos el carácter de peculio, el que servia de base al usufructo legal. Lo segundo prueba demasiado, pues que admitido que basta la patria potestad al principio, tendríamos que el usufructo debia seguir aun despues de la emancipacion del hijo. A los textos del derecho romano, en los que pretende Gomez fundar de un modo indirecto su opinion, nosotros opondrémos el contexto literal del cap. 2. de la nov. 118.: allí, en el supuesto de existir solos el padre y la madre, establece en términos absolutos que se dividirán la herencia por mitad: en seguida para el caso que con los padres concurran hermanos, dispone que la division se practique en partes iguales y añade, *nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione hæreditatis jus et secundum propietatem per præsentem dedimus legem.*

(*j*) Por la l. 10. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real se sancionó el principio de reversion ó troncalidad en el caso de ser llamados los abuelos: *é otrosi*, decia, *mandamos, que el que muriere sin manda, é no dexare fijos ni nietos, é dexare abuelos de padre, é de madre, el abuelo de parte del padre herede lo que fue del padre, y el abuelo de la madre herede lo que fue de la madre: é si él habia fecho alguna ganancia, ambos los abuelos he-*

19. Junto con los ascendientes, es admitido el hijo natural á una sexta parte de la herencia, que debe partir con su madre, l. 8. de este tit. (*k*) Si este hijo hubiese premuerto, creemos que no tendrá derecho alguno la concubina; pues que tanto la cit. l. como la nov. 89. cap. 12 se espresan como si el verdadero y único sucesor en la sexta parte fuese el hijo, si bien con el gravámen de dividirla con su madre; *tal fijo como este*, dice nuestra ley, *puede heredar las dos partes de las doze..... e el e su madre deuen partir estas dos partes igualmente.*

Siendo dos ó mas los hijos naturales se dividirá la sexta parte entre ellos y la madre por cabezas, d. nov. cap. 12. §. 4.

Si el hijo natural hubiese fallecido dejando hijos legítimos, estos sucederán á la sexta parte que correspondiera á su padre: si fueren naturales, su derecho no deja de ser algo dudoso; véase la glos. 48. de este tit. y lo que decimos mas abajo al tratar del sexto órden de sucesion.

5.° Orden.—*Colaterales hasta el cuarto grado inclusive.*

20. En este órden no se distingue entre el parentesco legítimo y el que proviene de legitimacion: el legitimado, aunque lo sea por autorizacion real, sucede junto con los legítimos á qualquiera de los parientes colaterales, l. 7. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. Ademas á los hijos naturales se les concede el derecho de heredar á los parientes por la línea materna, siempre que se hallaren en el grado mas cercano de parentesco, l. últ. de este tit.; véase la adic. á la glos. 28. del tit. 3. de esta Part. Por el contrario, el parentesco por adopcion no crea derecho alguno de sucesion en la línea colateral: el adoptado no puede heredar á los parientes del adoptante, ni estos á aquel, l. 9. tit. 16. Part. 4. y l. 5. tit. 22. lib. 4. del Fuero Real.

21. De los colaterales son llamados en primer lugar los hermanos del difunto, que lo fueren por ambos lados, y los hijos de semejantes hermanos que hubiesen fallecido al abrirse la sucesion, l. 5. de este tit. La division de la herencia se hace por cabezas cuando suceden hermanos solos: verifícase de la misma suerte si habiendo premuerto todos los hermanos, concurren los hijos de estos, sea cual fuere el número que haya dejado cada uno de ellos, d. l. (*l*). Ahora, si con los hermanos del difunto concurrieren los hijos de otro ú otros hermanos que hubiesen fallecido, estos sucederán en estirpes, es decir que cada generacion no llevará mayor parte de la que hubiera correspondido á su padre, d. l.

22. Si no hubiere hermanos por ambos lados, ni hijos de tales hermanos, serán llamados los consanguíneos y los uterinos, junto con los hijos de los que hayan premuerto, y en los mismos términos que en el caso anterior; no obstante si el difunto dejó bienes que le pro-

reden de consuno igualmente. Empero la l. 6. de Toro [l. 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.] dispuso que los ascendientes sucedieran á sus descendientes en todos los bienes, de cualquier calidad que fuesen; si bien esceptuó aquellos lugares donde por fuero los bienes *acostumbran tornar al tronco*, ó *la raiz á la raiz.*

(*k*) El mismo derecho tendrá, y con mayoría de razon, el hijo natural, si fuesen llamados á suceder los colaterales hasta el cuarto grado inclusive. Despues de estos sucederá á la totalidad de los bienes, como verémos mas abajo.

(*l*) La l. cit. es terminante, dice que en este caso los hijos de los hermanos sucederán por cabezas, y lo establece sin distincion; sin embargo, el Dr. Llamas opina que si existe hermano consanguíneo ó uterino, ó bien algun tio del difunto, los sobrinos del mismo sucederán en estirpes. Veamos si hay fundamento para semejante limitacion. El contexto algo oscuro del cap. 3. de la nov. 118., dejó este punto cuestionable. Algunos, y entre ellos Azon, opinaban que hallándose los sobrinos solos debian suceder en todo caso por cabezas: otros se inclinaban á la sucesion en estirpes, lo mismo que si concurriesen con sus tios; y otros en fin, adoptaron la distincion que ha querido acomodar á nuestro derecho el Dr. Llamas. Los copiladores de las Partidas, siempre que hallaron una cuestion de importancia, agitada por los glosadores, no dejaron de resolverla, y generalmente lo hicieron conformándose con el parecer de Azon. Que asi lo verificaron respecto de la que nos ocupa, no nos cabe la menor duda; 1º, porque nuestra ley no contentándose con decir que sucederán por cabezas los sobrinos, añade la palabra *egualmente*; 2º, porque despues de esto espresa que escluirán á los hermanos consanguíneos y uterinos, como para prevenir el argumento de la mayor proximidad de parentesco, argumento del cual se pretendia sacar la necesidad de la representacion, y por consecuencia la sucesion en estirpes, cuando al lado de tales sobrinos del difunto hubiese algun hermano consanguíneo ó uterino del mismo.

venian de su padre ó madre, los consanguíneos y los hijos de estos en su caso, sucederán á los bienes paternos, y los uterinos á los maternos, dividiéndose entre todos, los adventicios, d. l. 6., l. 5. tit. 2. lib. 4. del Fuero Juzgo y l. 12. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real.

23. Despues de los hermanos y sobrinos son llamados á suceder los demas colaterales del difunto, hasta el cuarto grado inclusive; dando siempre la preferencia á la proximidad de grado, y sin que se atienda al doble vínculo, ni á la procedencia de los bienes, d. l. 6. y el art. 2. de la l. de 16 de mayo de 1835.

Sexto Orden.—*Hijos naturales legalmente reconocidos.*

24. Estos hijos cuando fueren legalmente reconocidos, y los descendientes de los mismos en su caso, son llamados á la sucesion despues de los colaterales dentro del cuarto grado; asi se estableció por la cit. l. de 16 de mayo de 1835.

Bajo la denominacion de hijos naturales legalmente reconocidos, vienen indudablemente los que el padre hubiese reconocido pertenecerle, mediante instrumento público. Empero hay dificultad en cuanto á los que hubiesen sido declarados tales por sentencia judicial; ya fuese esta anterior á la muerte del padre, ya posterior. En efecto, en el primer caso se objetaba al hijo, que la ley usa de la palabra reconocidos, la que en rigor no se aplica á los que se fundan en declaracion judicial. Cuando la sentencia fuese posterior á la muerte del padre, pero anterior á la abertura de la sucesion, se le objetaba ademas, el ser muy probable que la ley tuviera á la vista las graves dificultades que traen consigo los juicios de filiacion, dificultades que aumentan cuando el supuesto padre no existe, y han desaparecido sus personas mas allegadas. Por fin, si la sentencia fuese posterior á la abertura de la sucesion, tendremos ademas que en el momento preciso para la capacidad, le habrá faltado al natural la circunstancia que la ley exige, esto es el reconocimiento, aun el supuesto que bajo este nombre viniese comprendida la declaracion judicial.

25. Faltando el hijo natural, sus descendientes, como queda dicho, son admitidos á la sucesion del abuelo ó visabuelo, en virtud de la l. cit. Si son legítimos, no cabe dificultad: en cuanto á los naturales hay razon para dudar de que vengan comprendidos en las palabras é intencion de la ley; pues que al llamar á los descendientes, lo hace de un modo absoluto, es decir, sin espresar que deban ser reconocidos, lo que parece manifestar que se refiere á descendientes legítimos, á los que no necesitan de reconocimiento alguno acerca de su filiacion; véase la glos. 48 de este tit.

Séptimo Órden.—*La viuda del difunto.*

26. Siempre que ella no estuviera separada en virtud de demanda de divorcio contestada al tiempo de fallecer su marido, le sucederá, faltando las personas comprendidas en los órdenes de sucesion anteriores: empero á su muerte, los bienes raices de abolengo pasarán á los parientes colaterales de dicho su marido, l. cit. de 16 de mayo de 1835, art. 2.°

Octavo Órden.—*Colaterales desde el quinto al décimo grado inclusive.*

27. Nuestras leyes de partida, despues de los descendientes y ascendientes, llamaban á los colaterales sin interrupcion hasta el décimo grado inclusive, y segun algunos códices hasta el duodécimo. Empero leyes posteriores sobre bienes vacantes y mostrencos, no reconociendo derecho alguno á los parientes mas allá del cuarto grado en la línea colateral, l. 1. tit. 11. lib. 2. y l. 6. tit. 22. lib. 10. Nov. Rec. Sobre la inteligencia de estas leyes no estaban enteramente de acuerdo los escritores, ni los tribunales, dudándose en particular acerca del modo de computar los grados.

La ley de 16 de mayo de 1835, hizo el grande beneficio de fijar un punto tan importante del derecho civil. Ella restableció la disposicion de las Partidas, llamando á los colaterales hasta el décimo grado, si bien dividiéndolos en dos series; á saber 1.ª colaterales hasta el cuarto grado inclusive; 2.ª colaterales desde el quinto al décimo inclusive. A los de la primera los llama despues de los descendientes y ascendientes, por el órden y la forma que mas arriba hemos espuesto. Faltando esta primera serie de colaterales, hemos visto que llamaba á los hijos naturales, despues al cónyuge sobreviviente. En defecto de estas personas, vuelve la vista á la línea colateral y adjudica la herencia á los parientes mas cercanos, dentro el décimo grado.

28. Si ninguno de tales parientes existiere, entonces falta de todo punto el sucesor legítimo, y los bienes en calidad de vacantes pertenecen al estado, l. cit. y l. 6. de este tit.

Artículo 2.°

Sucesion á la herencia de la hembra legítima.

29. Falleciendo intestada una hembra legítima la sucesion es en todas las líneas algo distinta de la que acabamos de esponer. Estas diferencias provienen únicamente del derecho de los hijos ilegítimos á la herencia materna, derecho escrito ya en las Partidas, pero modificado por las leyes de Toro. Haciéndonos cargo de las disposiciones sobre semejantes hijos, de las consecuencias que de ellas resultan, y de lo establecido en general para las sucesiones abintestato, tendremos nueve órdenes de sucesores para las herencias de que se trata.

1.er Orden. — *Descendientes legítimos, ó legitimados por subsiguiente matrimonio*, l. 3. de este tit., junto con la l. 1. tit 13 Part. 4. y ll. 1. y 7. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

2.° Orden. — *Hijos legitimados por medio de autorizacion real*, l. 7. del cit. tit. 20.

3.er Orden. — *Hijos adoptivos;* véase art. anter., 3.er Orden.

Hasta aqui la sucesion no se separa de lo establecido acerca las herencias de los varones, salvo en lo relativo á los derechos del cónyuge sobreviviente. En efecto, al paso que la viuda que careciere de bienes propios con que atender á una decorosa subsistencia, sucede á la cuarta parte de la herencia del marido, aunque este hubiese dejado descendientes; el marido no puede reclamar parte alguna de la de su difunta muger, por el indicado motivo de pobreza, l. 7. de este tit.

Debe advertirse que los hijos legitimados no sucederán á la madre si ella no ha solicitado la legitimacion, á no ser que posteriormente la hubiese consentido. En cuanto á los adoptivos conviene tener presente que son, no los que adoptó su marido, y sí solo los adoptados por ella misma, lo que puede rara vez tener lugar, l. 2. tit. 16. Part. 4. y l. 4. tit. 22. lib. 4. del Fuero Real.

4.° Orden. *Hijos naturales*, l. 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

5.° Orden.— *Hijos espurios, siempre que no procedan de punible ayuntamiento, ni de persona ligada con voto de castidad*, l. cit. y l. 4. del mismo tit.

La l. 11. de este tit., de acuerdo con el derecho romano, llama á los hijos naturales y á los espurios juntamente con los legítimos, tratándose de la herencia materna: empero la l. cit. de Rec. (l. 9. de Toro) llama en primer lugar á los legítimos, en falta de estos á los naturales, y despues de estos á los espurios; véase la adic. á la glos. 28. del cit. 3. de esta Part.

6.° Orden.— *Ascendientes*, l. 4. de este tit. junto con las ll. cits.

Puesto que el hijo natural es llamado á la totalidad de la herencia cuando faltan los legítimos, es claro que los ascendientes sucederán solos; al paso que, como dejamos dicho en art. anter, sucede con ellos dicho hijo, tratándose de la herencia del padre.

7.° Orden.— *Colaterales hasta el cuarto grado inclusive en iguales términos y por el mismo órden que á la herencia del varon, l.* de 16 mayo de 1835.

8.° Orden.— *El viudo no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo de fallecer su muger*, d. l.

9.° Orden.— *Los colaterales desde el quinto al décimo grado inclusive*, d. l.

Tratándose de la sucesion del padre, al hijo natural se le intercala en la línea colateral despues de los parientes dentro del cuarto grado, como dejamos dicho en el art. anter. Cuando la sucesion es á los bienes de la madre, es claro que no puede figurar en este lugar semejante hijo, puesque en virtud de antiguas leyes es admitido despues de los legítimos, leyes que de la 16 de mayo de 1835 confirma en ese punto.

Artículo 3.°

Sucesion á la herencia del varon ilegítimo.

30. Las diferencias que se observan entre la sucesion á los ilegítimos y los llamamientos á la herencia de los legítimos, estriban principalmente en la mayor ó menor incertidumbre que recae sobre el parentesco, tratándose de una persona que no fue legítimamente procreada. En esta materia nuestras leyes han dejado algunos vacíos, que será indispensable llenar á la luz de ciertas disposiciones generales que afortunadamente se encuentran como colocadas de trecho en trecho.

31. Los tres primeros órdenes de sucesores, son los mismos que en el caso de ser legítimo el difunto. En efecto, al llamar la ley por su órden á los descendientes legítimos, legitimados por autorizacion real y adoptivos, no distingue entre el caso de ser legítimo el difunto y el supuesto que fuere ilegítimo; ni cabia razon alguna de diferencia, atendido que la legitimidad ó ilegitimidad del padre, no añaden ni quitan un punto á la certeza sobre la pro-

cedencia de sus hijos. Por la misma razon la viuda del ilegítimo tendrá iguales derechos que la del legítimo.

32. En cuarto lugar sucederá la madre y en defecto de ella la abuela materna; y si existiere el padre, será llamado á una sexta parte: pues que en igual caso, esto es en falta de descendientes legítimos, legitimados y adoptivos, el hijo natural es admitido á la sucesion de semejantes personas, á saber, á la de la madre y abuela materna en la totalidad, y á la del padre en una sexta parte; y atendido que el principio de la reciprocidad, general en esta materia, es disposicion espresa para este caso, l. 8. de este tit.

En el quinto lugar serán llamados á suceder los hermanos de parte de madre, pues que la madre siempre es cierta, d. l. ult.

En sexto lugar sucederán los hermanos de parte del padre, prefiriéndose los legítimos á los ilegítimos, d. l.

33. Aqui se nos presentan varias cuestiones, algunas de ellas de resolucion difícil.

1.ª Si hubiese hermanos por ambos lados, serán preferidos á los hermanos por parte de madre? La cuestion es para nosotros muy dudosa, atendido que si bien aquellos tienen á su favor el doble vínculo, por otro lado parece que la ley, á causa de la incertidumbre, no ha querido atribuir la menor fuerza al vínculo que nace del padre, mientras pudiese alegarse el que dimana de la madre.

2.ª Si existen hermanos legítimos de parte de madre, serán preferidos á los ilegítimos? Opinamos por la afirmativa, atendida principalmente la l. 9. de Toro, la que, llamando los legítimos antes que los ilegítimos á la herencia de la madre, estableció en la línea descendiente un órden de prelacion, del que no puede prescindirse en la colateral, sin atentar al espíritu de dicha ley. Si la cuestion debiese decidirse en presencia únicamente de la de partida, quizás pensaríamos de distinto modo, ya atendido que no distingue al llamar á los hermanos de parte de madre, al paso que distingue en seguida respeto de los consanguíneos; ya porque segun nuestro código los ilegítimos eran llamados junto con los legítimos á la herencia materna, l. 14 de este tit.

3.ª Juntamente con los hermanos, serán admitidos por derecho de representacion los hijos del hermano premuerto? El motivo de dudar es porque la cit. l. ult. no hace mencion de estos al llamar á los primeros. Empero, como la misma ley no es mas que una escepcion de las reglas generales en materia de sucesiones; parece que entró en su intencion dejar aplicable á las sucesiones de los ilegítimos aquellas disposiciones que espresamente no limitaba, y por consiguiente la relativa al derecho de representacion á favor de los hijos del hermano premuerto.

4.ª Despues de los hermanos y de los hijos de estos hay otras personas llamadas á la herencia de los ilegítimos? Se estenderá la sucesion hasta el décimo grado, cual en los demas casos? La primera de estas cuestiones viene á parar á la segunda: en ella hallamos la misma razon de dudar que en la anterior sobre los hijos de los hermanos, é igual razon de decidir por la afirmativa. Ademas encontramos otro argumento que nos suministra el último versículo de la cit. l.: en efecto, si el hijo natural sucede á los parientes de parte de padre, siempre que fuere el mas cercano; es claro que dichos parientes le sucederán á él, en virtud del principio de la reciprocidad; principio que no puede suponerse limitado en este caso, pues que con mas facilidad se concede al legítimo el derecho de suceder al ilegítimo, que á este cuando se trata de la herencia del primero.

5.ª Supuesto que la sucesion se estienda hasta el décimo grado ¿serán llamados únicamente los colaterales por parte de madre, ó sucederán tambien los de parte del padre? La cuestion es algo difícil de resolver no atendiendo mas que á la cit. l. ult. de este tit., pues que ella establece una diferencia muy notable entre unos y otros parientes, admitiendo á la herencia de los primeros el hijo natural, y privándole de la de los otros. Empero, la l. 4. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec., privando al hijo sacrílego del derecho de suceder á los parientes de parte de padre, implícitamente reconoció semejante derecho en el hijo ilegítimo que no procediera de sacrilegio: esto sentado, con mayoría de razon dichos parientes deberán sucederle en su caso.

34. En vista de lo que dejamos dicho, parece que despues de los hermanos de parte de padre, serán llamados á la herencia del ilegítimo las mismas personas que la ley designa en general, y que hemos enumerado al tratar de la sucesion al legítimo; es decir, los demas parientes hasta el cuarto grado inclusive, luego el hijo natural, despues la viuda, y por fin los parientes desde el 5.° al 10.° grado inclusive.

Artículo 4.°

Sucesion á la herencia de la hembra ilegítima.

35. Por lo que hemos indicado en el n.°

31 se concibe fácilmente que los cinco primeros órdenes de sucesores serán los mismos que para la herencia de la hembra legítima. Tales sucesores, como se ha visto, pertenecen á la línea descendiente.

Faltando esta línea son llamados los hermanos de parte de madre, los de parte de padre, y en seguida los demas colaterales, siguiendo el mismo órden que en las herencias de los varones, intercalándose tambien despues de los de cuarto grado el cónyuge sobreviviente, mas nó el hijo natural, pues que viene llamado entre los descendientes. En efecto, de una parte cuando existen descendientes la ley no distingue entre la herencia del legítimo y la del ilegítimo, y de otra, entrando la sucesion en la línea colateral, no hace mas diferencia que la indicada entre la herencia del varon y la de la hembra.

TITULO XIV.

DE COMO DEUE SER ENTREGADA LA TENENCIA, O EL SEÑORIO DE LA HEREDAD DEL FINADO AL HEREDERO, QUIER LA DEMANDE POR RAZON DE TESTAMENTO, O DE PARENTESCO.

Entregada deue ser la heredad con todas sus pertenencias al heredero del defuncto, quier la gane por razon de testamento, o de parentesco. Ca, si de otra guisa lo fiziessen, auria el nome sin la pro. Onde, pues que en los titulos ante deste fablamos de los herederos, e de las naturas dellos, queremos aqui dezir destas entregas. E mostraremos, que quiere decir Entrega. E quantas maneras son de Entregas. E a quien tiene pro. E como deue ser fecha. E por cuyo mandado. E en que tiempo. E por quanto tiempo pierde el heredero su derecho, si lo non demanda.

LEY 1. *Que quiere dezir Entrega, e quantas maneras son della, e a que tiene pro.*

Entrega tanto quiere dezir, como apoderamiento corporal, que rescibe el heredero de los bienes de la herencia que le pertenescen. E puedese demandar la entrega de tales bienes, en dos maneras. La primera es, quando el heredero demanda tan solamente la posesion (1) e la tenencia de los bienes de la heredad. La segunda, quando demanda en uno

(1) Por medio del interdicto *quorum bonorum*, ó por el remedio de la l. ult. C. *de edict. div. Hadr. toll.*, de la l. 2. de este tit. y de la l. 1. tit. 14., lib. 3. del Orden. Real. —*Son varias las acciones con que el heredero puede reclamar, ora la posesion sola, ora la posesion y propiedad de los bienes hereditarios.

En primer lugar, el heredero, como sucesor, como representante de la persona del difunto, puede ejercer las mismas acciones que á este le correspondian contra terceros poseedores, deudores, etc.: y estas son las únicas acciones de que puede valerse contra los poseedores á título singular, y tambien contra los deudores que no funden su resistencia al pago en ser herederos del mismo difunto; porque de lo contrario, al heredero se le concedieran mayores derechos que los que competian á su antecesor; v. l. 7. C. *de petit. hæred.*

En segundo lugar, á todo heredero le compete la accion llamada *petitio hæreditatis*, accion de propiedad en cuanto al título de heredero, y posesoria meramente por lo que mira á las cosas hereditarias; es decir, que en el juicio á que da lugar la accion dicha se decide en propiedad á quién corresponde el título de heredero ó la herencia en abstracto, y se ordena la restitucion de las cosas reputadas por hereditarias que el convenido poseyere sin título, ó con el de heredero de la misma persona de cuya sucesion se trata; sin perjuicio de conocerse despues en propiedad sobre cualesquiera de dichas cosas. Es por esto que basta al heredero que pruebe que los bienes á que se dirige son tenidos por hereditarios, ó lo que es igual, que el difunto los poseia como propios; y es por lo mismo que el heredero puede únicamente dirigirse con semejante accion contra el que posee sin título, ó con el de heredero de la misma persona, y no contra el poseedor con título singular, *tot. tit.* D. *de petit. hæred.* A esta accion sin duda quisieron referirse en esta ley los compiladores de las Partidas al decir que se puede tambien demandar juntamente la posesion y la propiedad de la herencia; pero en el decurso del título no cuidaron de esplanar semejante accion, escepto por lo que mira á sus efectos, dado que se refieren á esta accion, como no lo dudamos, las ll. 4. y sigs.

En tercer lugar, al heredero que apoya su derecho en un testamento que no ofrece vicio ni defecto notable, se le da una accion meramente posesoria en cuanto al título de heredero ó la herencia en abstracto, y tambien respecto de los bienes hereditarios: le compete contra el que le disputa dicho título, al efecto de entrar en posesion del mismo ejerciendo los derechos que competian al difunto, y para que el convenido le entregue

la propriedad (2) e la possession della. E tiene muy grand pro tal entrega al heredero, porque gana luego el señorio (3) della, quando se faze con derecho. E aun, porque siempre es de mejor condicion el que tiene la cosa, que el que la demanda, assi como diximos en la tercera Partida deste libro en el titulo de la Tenencia (4), en las leyes que fablan en

todo cuanto detenga en calidad de cosa hereditaria, l. 2. de este tit.

Ademas, si el heredero es impúber y se le negare la calidad de hijo, en virtud de la cual intenta suceder, se le concede otra accion posesoria, aplazando la cuestion de estado y por consiguiente el juicio de propiedad, para la época de la pubertad, d. l.

Por último, si el difunto hubiese dejado descendientes ú otros parientes que tengan derecho de heredarle, ora sean herederos de aquel por testamento, ora lo fueren abintestato; y un tercero se apoderare de los bienes hereditarios so pretesto de no haberse tomado la posesion por dichos herederos; en tal caso á estos les compete una especie de accion posesoria de despojo, en virtud de la l. 3. tit. 34. lib. 11. Nov. Rec., que es la misma ley del Ordenam. Real que cita nuestro glosador.

(2) Por medio de la accion *petitio hæreditatis.*

(3) Si adida la herencia, se transfiere al momento al heredero el dominio de las cosas hereditarias, sin necesidad de toma de posesion, segun la Clement. *exivi de Paradisso*, vers. *quia igitur*, *de verb. signif.* y la l. 23. pr. D. *de acquir. possess.*; ¿por qué exige aqui nuestra ley la tradicion? Podria contestarse que si bien la adicion sola nos atribuye el dominio por derechó civil; no sucede asi, en cuanto al derecho de gentes, mientras la tradicion no haya tenido lugar, segun Paul. de Castr. en d. l. 23.; lo que hace al propósito para la cuestion de que allí se ocupa el cit. Castr., á quien parece oponérsele Socin., cons. 120., col. 7., vol. 3. Podríamos tambien decir que nuestra ley de Part. no habla del heredero que ha adido, y que de consiguiente, á tenor de la misma, la tradicion atribuirá el dominio al heredero, equivaliendo este acto á la adicion, arg. l. 11. tit. 9. de esta Part. Podria por fin decirse que la adicion de la herencia atribuye el dominio, cuando al difunto le competia sobre las cosas hereditarias; y que en el supuesto que este tuviera únicamente derecho para adquirir dicho dominio, la simple adicion no podrá atribuirlo al heredero, sino que será menester la toma de posesion; porque de otra suerte, adiendo conseguiria mas de lo que tenia el difunto. [Nosotros nos inclinamos á creer que la palabra *señorio* se toma por el dominio efectivo ó disfrute de la cosa, compuesto del dominio de derecho y de la posesion actual]. Tenemos tambien aqui que por el mero acto de adir no se adquiere la posesion, lo que está conforme con la cit. l. 23.; y esto tiene lugar, aunque el heredero sea la Iglesia, Bald. en la l. ult. C. *de sacros. Eccle.*, col. 3., y aun cuando se trate de un suyo heredero, segun Bart. en d. l. 23. y Bald. en la l. ult. *de edict. D. Hadr. toll.*, col. 1. y en la l. 1. al fin, C. *de appell.*: esta es la opinion general, segun Alex. en d. l. 23. Procede tambien lo dicho, aun cuando el heredero sea el fisco, Bald. en el cap. 1. *quid sit invest.* Y no importa que el colono posea el predio hereditario, Glos. y Bald. en la l. 7. §. 2. C. *de præscript. trig. vel quadrag. ann.*: aconseja allí Bald. al heredero, que tome la posesion, guardándose de creer que la simple detencion del colono se la atribuya. Empero, lo contrario opina Paul. de Castr. anotando con este objeto la glos. 1. á la l. 7. pr. D. *de usu cap. pro empt.*, diciendo que por medio de los esclavos, colonos é inquilinos que se hallan en la tenencia de las cosas hereditarias al tiempo en que se ade la herencia, el heredero con dicho acto adquiere la posesion de las mismas; y en estos términos, dice, debe limitarse la cit. l. 23., y añade que asi resulta de la l. 30. §. 5. D. *de adquir. poss.*, cuyo texto apoya por el contrario la opinion de Bald. No obstante podrá admitirse la de Castr., si se limita al supuesto que el colono siga en la posesion en nombre del heredero, como lo prueba el cit. §. 5. y lo dice allí Alex.: será tambien admisible en el caso que inmediatamente despues de la adicion hubiese el heredero dado en arriendo el predio; entonces, asi que el arrendatario se apodera de él, adquiere la posesion natural y civil para el primero, d. §. 5. y v. Paul. de Castr. en la l. 35. D. *de usucap.* Podrá el heredero, en fuerza del derecho de patronato, presentar para un beneficio, antes de la toma de posesion? Decide afirmativamente Bald. en la l. ult. C. *de edicto Divi Adrian. toll.*, col. ult.; y síguele Roch. tratado *Juris patronatus*, chart. 28., col. 3. Adviértase que no hay inconveniente en que el heredero de su propia autoridad se tome la posesion vacante de las cosas hereditarias, Bart. en d. l. ult., vers. *item extra glossam* y en la l. 35. D. *de hæred. instit.* y Bald. en la misma l. ult., col. 1. y en la l. 3. C. *fam ercisc.*

(4) V. l. 28. tit. 2. Part. 3. y todo el tit.

esta razon.

LEY 2. *Como deue ser fecha la entrega de la herencia al heredero, e por cuyo mandado* (a).

Viniendo el heredero (5) delante el Judga-

(a) et en qué tiempo. Acad.

30. de la misma Part.

(5) Tiene tambien lugar en el instituido en cosa cierta, en el caso que no tuviese coheredero, ó que teniéndolo, haya renunciado, Glos. en la l. ult. C. *de edict. Divi Adrian. toll.*, de la que esta se ha tomado: ahora, si el coheredero no repudiare, el instituido en cosa cierta no gozará del beneficio de que se trata, Ang. y Salic. en d. l. ult. y Alex. en la l. 13. C. *de hæred. instit.*; y esta es la opinion mas acertada y general, no obstante que Bart. y Paul. de Castr. en d. l. ult. sostengan la contraria. [A consecuencia de lo dispuesto en la l. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec., el instituido en cosa cierta no será mas que un mero legatario, aun cuando no hubiese heredero instituido simplemente]. Qué dirémos, si el hijo es instituido en la legítima? Bald. en d. l. ult. cuest. 1. quiere que tambien goce de este beneficio: se opone allí Alex., col. 2., vers. *juxta hoc quærit Baldus*, fundado en que la legítima es parte de los bienes, mas no de la herencia; y síguele al parecer Dec. en la misma ley, col. 7. Corresponderá tambien este beneficio al fideicomisario, á quien de palabra tan solo se le hubiese hecho la restitucion de la herencia, Bart. y la generalidad de los DD. en d. l. ult. y Dec. allí, col. 7. Lo mismo parece deberémos decir por las leyes de nuestro reino, cuando el heredero gravado con un fideicomiso universal no quisiere adir, como dije en la glos. ult. del tit. 5. de esta Part. Se concederá tambien el mismo remedio al heredero que posee, al efecto de que la posesion se le confirme, Cyn. y Bart. en d. l. ult., Bald. en la l. 1. C. *de carbon. edict.*, Guido Pap., cuest. 219. y 132., Dec. en d. l. ult. col. 14., y en d. l. 1. y Alex. en la l. 23. D. *de acquir. poss.* Tendrá tambien lugar en la sustitucion directa vulgar y pupilar, glos. en d. l. ult. y asi tambien opina allí Bart. en el supuesto que sea cosa averiguada que ha venido el caso de la sustitucion. Procederá asimismo en la tácita vulgar ó pupilar, Bald. en d. l. ult., cuest. 1. y en la l. 1. D. *de his quæ in testam. del.*; y con él conviene allí Dec., col. 8., defendiéndole de la impugnacion de algunos DD. modernos: y á la verdad, siendo esta materia favorable, lo que tiene lugar en la sustitucion espresa, debe admitirse en la tácita: otra cosa seria en materia opuesta, como dicen el mismo Bald. en el cap. 1. *de constit.*, vers. *et ideò statuta* y Dec. lug. arriba cit. Concédese tambien el beneficio de que se trata, al obispo y al testamentario, cuando los pobres son los instituidos, Bart., Bald., Alex. y algunos DD. modernos en d. l. ult., y el cit. Bald. en la l. 49. C. *de Episc. et cleric.*, col. 2. Se concederá tambien al padre, respecto de la herencia deferida al hijo, Bald. en la l. 8. pr. C. *de bon. quæ liber.*: si bien en este punto, y por lo que mira al obispo opinaba lo contrario Ang. Aret. en el §. 7. Instit. *de substit. pupil.*, fundado en la l. 8. §. 1. D. *de vulg, et pupil.*; empero la opinion general es la que llevo indicada, segun Dec. en d. l. ult., col. 8., donde contesta á la cit. l. 8. Ademas, se concederá el mismo beneficio al heredero del heredero, Bald. en d. l. 8. C. *de bon. quæ liber.*, y el Spec. tit. *de testam.*, §. *sequitur*, col. ult., vers. *sed pone.* Qué dirémos de los herederos abintestato? La opinion general les niega este beneficio, Alex. de acuerdo con otros en d. l. ult., y Calder. cons. 36., en el título *de testam.*: no obstante véase Bald. en el cap. unic. *de controv. int. masc. et fœm. de benef.*, donde dice que el hijo puede implorar el oficio del juez para que le entregue la posesion vacante, ya porque la calidad de hijo supone la de heredero, ya porque la mera existencia de un suyo heredero equivale á la escritura del testamento, lo que dice ser digno de notarse. Empero, por las leyes de nuestro reino [l. 1. tit. 2. lib. 5. Ordenam. Real], no solo el hijo, sí que tambien cualquier otro sucesor legítimo pueden implorar el oficio del juez, é invocar la ley llamada de Soria, respecto de la posesion de que se trata, cuya ley manda que en este punto se proceda sumariamente. [Opinamos que la accion de que se trata no corresponderá á los herederos abintestato; ya porque el fundamento de ella es la conviccion que nace, como instantáneamente de la inspeccion de un testamento, conviccion que no pueden producir en el ánimo del juez los herederos legítimos, sino por medio de pruebas que no se avienen con la rapidez de este juicio; ya porque nuestra ley se refiere únicamente á los herederos testamentarios. La ley de Soria, que es la 3ª tit. 34. lib. 11. Nov. Rec. versa sobre un caso distinto, como se ha visto en la adic. á la glos. 1ª: la accion de esta ley de Partida, corresponde á todo heredero escrito á quien se le dispute su derecho; al paso que para tener lugar la de la ley de Soria es preciso que haya habido quien ocupara sin apa-

dor (6), e mostrando carta del testamento (7) en que era establescido por heredero; si tal carta fuesse acabada, (b) o cumplida (8) assi

(b) et complida, Acad.

riencia de derecho los bienes hereditarios, so pretesto de ser vacantes. La primera podrá instituirla un heredero estraño contra los mas próximos parientes del difunto; mas no la segunda J. Corresponde tambien el beneficio de esta ley al hijo preterido por su madre, la que no pudo mudar el testamento por haber muerto en el acto del parto, Bald. en la l. 3. C. *de inoff. test.*, cuya ley se ocupa de este caso. Competerá el mismo beneficio al heredero instituido bajo condicion, mientras esta no se ha cumplido? Decide afirmativamente el Spec. en el tit. *de testam.*, §. *sequitur*, col. penult. al fin, arg. l. 23. D. *de hæred. instit.* y l. 5. D. *de bon. poss. sec. tab.* Se concederá al sucesor á un mayorazgo, y cuando en testamento deja algo el padre al hijo primogénito? Asi parece, por lo que mira al segundo supuesto, pues que la division de bienes hecha por el padre entre los hijos, se equipara á la institucion, Bart. en la l. 3. §. 4. D. *ad Trebell.*; y por lo que mira al sucesor á un mayorazgo, tiene el remedio de la l. de Toro, y de la l. 7. tit. 4. Part. 5., cuando se hubiese ordenado entre vivos. Téngase presente en este punto lo que dice Archid. en el cap. ult. 11. q. 1., col. 4., á saber, que si dos litigan sobre un beneficio, deberá ser puesto en posesion aquel, cuyo derecho parece mas robusto: alega la cit. l. ult. de la que esta de Part. se ha tomado.

(6) Entiéndase del juez competente, segun la cit. l. ult. y allí la Glos. en la palabra *competente*; y no de las autoridades que carecen del misto imperio, arg. l. 26. §. 1. D. *ad municipalem*: no obstante los magistrados municipales podrán conocer de estas causas de posesion, segun Bart. en d. l. ult., fundado en la l. 4. §. 1. D. *de off. ej. cui mand. est jurisd.*, de lo que se admira allí Paul. de Castr. Si los bienes se hallasen situados fuera del territorio del juez competente, este requerirá al juez del territorio donde aquellos se encuentran, para que ponga en posesion al heredero. — * De ninguna manera podrán ahora los jueces municipales, ó sea los alcaldes constitucionales conocer de estas causas de posesion, art. 32. del Regl. provisional.

(7) Se entenderá esto de la escritura original? Asi opina Paul. de Castr. en d. l. ult., 2. *notab.*, alegando á Bart. en la l. 1. §. 5. D. *de bon. poss. sec. tab.*, el cual en efecto se inclina á que no bastará la copia aunque esté sacada por el mismo escribano que otorgó el testamento, pues que el original podria ser cancelado; ó contener algun vicio que no apareciera en la copia, como advierte Dec. en d. l. ult. col. 4., 3. *notab.*; si bien advierte que los DD. modernos opinan ser bastante dicha copia, dado que ella hace prueba, segun Bart. y los DD. en la auth. *si quis in aliquo documento*, C. *de ed.* y en la l. 6. §. 8. D. d. tit.: esto es lo que se observa en la práctica y quizás lo mas acertado; hace al propósito lo anotado por Bart. en la l. 47. D. *de leg.* 2. El beneficio de que tratamos tiene tambien lugar cuando el testamento es nuncupativo, Glos. en d. l. ult. en la palabra *depositionibus*, y véanse allí los DD. y en particular Dec., col. 11. [Nos inclinamos á que no tendrá lugar en virtud de testamento de esta clase, por lo que llevamos dicho en la glos. 5.]. No será menester que se pruebe la muerte del testador, bastando la produccion del testamento, l. 2. §. 4. D. *quemadmod. testam. aper.*, Bart. en d. l. ult. y Dec. allí, col. 8., donde contesta al argumento deducido de que el hombre se presume vivir hasta los 100. años. Qué dirémos, si se presentaren dos testamentos de una misma fecha, y no constare cuál de ellos sea el último? Suscitan esta cuestion la Glos. en d. l. ult. y Bart. en la l. 1. §. 1. D. *de bonor. poss. sec. tab.*, y este concluye que á causa de la incertidumbre quedan viciados entrambos testamentos, á no ser que uno de los herederos estuviese en posesion, Bart. en d. §. 1. y los DD. en la cit. l. ult.; ó bien que en uno de los mismos se hubiese instituido una causa piadosa, Ludov. Rom. en la repet. á la auth. *similiter*, C. *ad leg. falc.*, 12. *speciali* y los DD. modernos en d. l. ult.: entonces dicha causa piadosa será preferida al heredero instituido en el otro testamento, aunque estuviese en posesion, segun Dec. en d. l. ult. col. ult.: empero, en el supuesto de los dos testamentos parece que á dicho heredero no podrá dejar de considerársele con título, y que por lo mismo, caso de poseer, deberá ser siempre preferido á la causa piadosa; asi pues parece de todo punto inútil la distincion de Dec. Si los dos herederos transigieren cediendo el uno sus derechos al otro, desaparece el vicio de la incertidumbre, como dice Andr. de Isern. en el §. *præterea*, el 2. *de prohib. feud. alien. per Freder.*, col. 2.

(8) Con el competente número de testigos, d. l. ult. Ademas es preciso que el testamento no sea defectuoso, por lo que mira á la manifestacion de la voluntad, l. 25. D. *de testam.* y lo que dije en la l. 23. tit. 1. de esta Part.

como deue ser; e non fuesse rayda, nin cancelada (9), estonce, demandandolo (10) el, deuelo meter en posesion (11) e en tenencia de los bienes de la heredad (12), è de todas las otras cosas (13) que el testador auia, e tenia a la sazon que fino. E non deue ser embargada tal entrega como esta, maguer aquel que fuesse tenedor de los bienes de la herencia, dixesse que aquel testamento era falso (14), o que aquel que lo mando fazer, non auia poder de lo fazer (15), porque le era defendido, o razonasse alguno otro embargo (16) semejante destos. Fuerasende, si luego (17) quisiere prouar lo que dize, sin alongamiento ninguno. Cà estonce, deue-

(9) Asi pues se juzgará del testamento por lo que presente á primera vista, v. Bald. en la l. 4. pr. C. *de jur. et fact. ignor.* Qué dirémos, si hubiere borrado, ó raspadura en un punto sustancial? Alex. de acuerdo con otros en d. l. ult. dice que entonces no será puesto en posesion el heredero, y allí desecha la opinion de Bart. en la l. 12. C. *de testam.* el cual asienta sin distincion que la raspadura ó borrado impedirá la posesion de que se trata y su opinion se halla sostenida por Dec. en d. l. ult. col. 10. No obstante, hallo mas acertada la opinion de Alex. y otros, arg. cap. *ex liberis, de fide instrum.* Añádase que la raspadura ó borrado no servirá de impedimento en caso alguno, si fuese obra del mismo escribano y él lo atestiguara, Bart. d. l. ult. y en la cit. l. 12. Tampoco servirá de impedimento, siempre que por lo que precede y lo que sigue se colija que el verdadero contesto es tal cual resulta con la enmienda ó borrado, Bart. en d. l. ult. Por fin tampoco obstará, cuando el testamento raspado ó enmendado se hallase en poder del adversario, Bald. en la l. 1. C. *de fid. instrum.* y Alex. en d. l. 12. Añádase lo que dije en la l. 44. tit. 18. Part. 3.

(10) Bastará la demanda hecha de viva voz, poniéndose en seguida por escrito, Paul. de Castr. en d. l. ult. y Clement. *sæpè* vers. *verùm, de verb. signif.*: lo que procederá, aun cuando hubiere contradictor, segun Bart., Paul. y Dec. en d. l. ult., si bien Alex. y otros sostienen allí lo contrario.

(11) Asi pues, por lo que mira á la posesion de que se trata, la escritura del testamento trae aparejada la ejecucion, como advierte Bald. en d. l. ult. 3. *notab.*; Tendrá lugar lo mismo respecto del legatario? V. Jas. en d. l. y Dec. 6. *notab.*; y adviértase que no es menester la citacion de persona alguna, á escepcion del que poseyere, segun Bart. en d. l. ult.; véase allí Dec. col. 10.

(12) Que poseia el testador al tiempo de su muerte, segun esta l. y d. l. ult. Supóngase que se prueba por testigos que aquel poseyó ciertas fincas, las que han sido poseidas por un tercero, durante los tres ó cuatro años anteriores á la muerte del mismo testador: ahora bien, será puesto el heredero en posesion de dichas fincas? Alex. cons. 33. col. ult. decide afirmativamente, fundado en que la posesion reciente del tercero no impide que se presuma que el testador retuvo con la intencion la posesion civil, l. 6. §. 1. y l. 25. §. 1. D. *de acquir. poss.*; y alega allí cierta decision de la Rota: véase al cit. D. y medítese este punto. — * De esta suerte el heredero tendria mas derecho que su antecesor, quien si viviese no podria instituir contra el tercero, otra accion que la de propiedad, á no ser que este hubiese cometido un acto de despojo.

(13) De estas palabras parece deducirse que el heredero deberá tambien ser puesto en posesion de aquellas cosas que el testador poseia á título de mayorazgo, cual se verifica respecto de las feudales, segun Bald. en el cap. 1. pr., vers. *quæro ergo*, *de succes. feud.* (v. §. *inter filiam si de feud. content. sit int. dom. et agn.*) y en el cap. 1. *de controv. int. masc. et fœm de benef.*: lo que parece deberá limitarse al caso que el heredero testamentario fuere el inmediato sucesor al mayorazgo; segun Bart., siguiendo á Din., en la l. 55. pr. D. *ad Trebell.* Qué dirémos de las cosas incorporales? V. Bald. en d. l. ult. cuest. 9. col. penult.: véase tambien allí acerca el derecho de patronato.

(14) Concuerda con la l. 2. C. *de edict. Divi Adrian. toll.*

(15) Añad. d. l. 2. y allí Bart. y los DD.

(16) No será pues admisible la escepcion de falta de propiedad, segun Ang. en d. l. 2., alegando á Inoc. en el cap. 2. *de causs. poss. et prop.*; á no ser que *incontinenti* se ofrezca la prueba, segun el cit. D. y Dec. en d. l. ult., 9. *notab.*: pruébalo tambien nuestra ley. Tampoco puede escepcionarse la pretericion de un hijo, d. l. 2.; á no ser que este vicio fuese visible y manifiesto, por ej., si en el mismo testamento se hiciere mencion del mismo hijo, sin instituirlo, ni desheredarlo, Bart. en d. l. ult. y Dec. allí, col 10., en la glos., sobre la palabra *vitiatum.*

(17) Concuerda con lo anotado por la Glos. en d. l. 2.: Bald. se ocupa allí de la inteligencia de la palabra *statim*, y por fin concluye que este punto debe quedar al arbitrio del juez. Sobre los casos en que podrá decirse que la escepcion requiere mayor investigacion, véase Bart. en la estravagante *ad reprimendum*, glos. sobre la parte *sumariè*, col. 1.: lo que

se de tener la entrega, e oyrle, e rescebir las pruebas sobre esta razon. Pero si el heredero fuesse menor de catorze años (18), e demandasse tenencia (19) (c) e entrega de los bienes de su padre (20), o de su auuelo; si aquellos que le

(c) ó entrega Acad.

no puede tener cabida en un juicio por ser sumario, deberá reservarse para otro distinto, segun Bald. en la l. 19. C. *de captiv.* Adviértase que se tendrá por líquido lo que fácilmente pueda liquidarse, v. Balb. tratado *præscription.*, chart. 5. col. 4. añad. Dec. cons. 424. y Alex. cons. 162. vol. 2.: añádase lo que dice Bald. en el §. *insuper*, *de prohib. feud. alien. per Freder.*, col. 2., á saber que si la felonía es visible, ó de fácil prueba, no debe darse la investidura al vasallo, pero sí, cuando falta esta circunstancia. Empero, segun las leyes de Toro y el derecho de Partida, se transfiere la posesion del mayorazgo al sucesor que no pudo ocupar los bienes de su propia autoridad, por hallarse otro en la tenencia. Supóngase ahora que dicho sucesor invoca los remedios posesorios, presentando la escritura del mayorazgo; y que su adversario opone al mayorazgo algunas escepciones de las que no puede conocerse sumariamente, y dice que cuanto se alega contra el mayorazgo ha de servir de obstáculo á la posesion, segun lo anotado por Bart. en la l. 1. §. 2. D. *quod vi aut. clam*, segun la l. 8. §. 2. D. *de bonor. poss. contr. tab.* y allí el mismo Bart., y Abb. en el cap. *itèm cum quis*, *de restit. spoliat.* y en la l. 11. D. d. tit., vers. *licèt non jure scriptus*: á lo que replica el actor que en ese caso debe dársele la posesion, cual le correspondiera en virtud de un testamento que no ofreciese vicio ó defecto notable, reservándose para otro juicio las escepciones que exigiesen mayor instruccion. En está cuestion me inclinara á favor del sucesor al mayorazgo, atendido que dirigiéndose las citadas leyes á mejorar su condicion, no es presumible que quisierán privarle del beneficio de esta l. de Part. y de la cit. l. ult. C. *de edict. Div. Adrian. toll.*; cuyo beneficio compete tambien al efecto de retener, segun la Glos. y DD. en d. l. ult.: hace al propósito la cit. l. 11., á tenor de la 2. lectura de la Glos. Lo dicho procederá sin dificultad, si el mayorazgo se hubiese dispuesto en testamento: ahora, en el supuesto que se haya ordenado por medio de un acto entre vivos, la decision es dudosa; véase lo anotado por Bald. en la l. 3. §. 4. D. *ad Trebell.* y en el cap. un. *de controv. int. masc. et fœm. de benef.* y Archid. en el cap. ult. 11., q. 1., col. 4.: véase la nueva declaracion hecha sobre la matéria respecto de los bienes de mayorazgo.

(18) Añad. l. 7. tit. 22. Part. 3. y lo que allí dije. Al que ha llegado á la pubertad no se le concede este beneficio, l. 3. §. 3. D. *de carbon. edict.* Al que no ha nacido aun se le da otra *bonorum possessio*, por la cual se provee á su existencia, l. 1. pr. D. *de ventr. in possess. mitt.*

(19) De estas palabras unidas á las que preceden se deduce que la *bonorum possessio* que aqui se concede al hijo impúber (llamada en latin *carboniana bonorum possessio*), se da tambien al que se hallare instituido por su padre: lo contrario parece establecerse en la l. 1. §. 8. y en la l. 11. D. *de carbon. edict.*, donde se dice que el edicto no comprende al hijo instituido, porque le basta la *bonorum possessio secundum tabulas*: empero puede contestarse que esto tiene lugar, cuando al hijo no se le niega la calidad de tal; pues que negándosele por los sucesores legítimos, quienes sostuvieran ser nula la institucion por habérsele instituido en calidad de hijo, sin serlo; ó bien atribuyéndole el carácter de esclavo, al paso que se le instituyó como hombre libre; deberá entonces corresponderle la *bonorum possessio carboniana;* á lo menos para diferir la cuestion hasta la época de la pubertad, segun la l. 3. §. 2. D. d. tit., y asi opina Bart. en d. l. 8, y mas claramente Bald. en la l. 1. C. d. tit., aduciendo la cit. l. 3. pr. y el cit. §. 8.: es verdad que los citados textos hablan del póstumo; pero tambien es cierto que deberán estenderse por igualdad de razon al nacido, siempre que se le negare la calidad de hijo: lo mismo sostienen Salic. y Jas. en la rubr. C. d. tit., y lo prueba claramente, como se ve, nuestra l. de Part. Viene en apoyo de lo dicho el que se concede el mismo beneficio al impúber instituido por un estraño, si su estado se pone en duda, Bart. en la l. 3. §. 13. D. d. tit. col. ult. y arg. l. 6. pr. D. d. tit. y allí la Glos.: lo que procederá sin dificultad, si al impúber se le moviere cuestion poseyendo, l. 7. §. 7. D. d. tit. y allí la Glos.

(20) Dice *de su padre*, porque en los bienes maternos no tiene lugar el edicto carboniano, l. 1. §. 3. y l. 6. D. *de carbon. edict*, y la Glos. en la l. 1. C. d. tit.: la razon nos la da Jas., lug. arriba cit., y consiste en que los hijos preteridos por la madre se tienen por desheredados, §. 7. Instit. *de exhæred. lib.*, á quienes de otra parte no se concede la *bonorum possessio carboniana*, d. l. 3. §. 8. y l. 20. D. *de inoff. testam.*: de aqui infiere Jas. que si la madre instituye á un hijo impúber, y á este se le moviere cuestion acer-

quisieren embargar, dixessen que non era fijo, o nieto de aquel de cuyos bienes se queria apoderar, o que era sieruo, estonce non le empescen tales embargos (21) como estos; ante dezimos, que deue ser entregado (22) en aquellos bienes, e criarse en ellos (23) fasta que sea de edad de catorze años (24), e dende adelante le pueden mouer tales pleytos, si quisieren; e estonce aura el mejor entendimiento, e amigos (25) para amparar su derecho, lo que non podia auer ante deste tiempo. E esto que diximos, ha lugar, quando el fijo, o el nieto,

ca del estado, tendrá lugar dicha *bonorum possessio*, dado que cesa la razon indicada, y en estos términos segun él, debe limitarse la cit. l. 6. §. 1.: añade en confirmacion de lo dicho que la citada *bonorum possessio* compete á aquellos á quienes se daba la *contra tabulas*, l. 1. pr. D. *de carbon. edict.*, la que se concede á las personas á las que en la sucesion abintestato les compete la *bonorum possessio unde liberi*, l. 1. §. 3. D. *si tabul. testam. null. ext.* Empero á esto se opone que la *bonorum possessio contra tabulas* no se concede contra el testamento de la madre, l. 4. §. 2. *de bonor. possess. contr. tab.*; á lo que es consiguiente que se deniegue la carboniana: añádase que hoy dia no tiene lugar la *bonorum possessio unde liberi*, respecto de los bienes maternos, l. *quotiens* C. *de legit. hæred.* y allí la Glos. y Bald. en la l. ult. C. *und. legit.*, col. 3. Empero, puede contestarse que, atendido el derecho novísimo el hijo tendrá la *bonorum possessio contra tabulas*, respecto del testamento materno, pues que la pretericion de la madre no equivale á la desheredacion, segun la nov. 115. cap. 3. y lo que dije en la l. 1. tit. 7. de esta Part., y asi opina Ang. en la l. 1. C. *de carbon. edict.*, vers. 7ª *regula est*, cuya opinion es la mas general, como atestigua Dec. en la l. 2. C. *de bon. possess. contr. tab.*, n. 8., donde Jas. col. 5. y 6. la defiende: asi pues, la *bonorum possessio carboniana* tendrá tambien lugar en los bienes de la madre: no obsta el que esta l. de Part. hable únicamente del padre, pues que puede sobrentenderse igual disposicion respecto de la madre, cual en la l. 10. tit. 7. de esta Part., donde se habla únicamente de la pretericion del padre, sin embargo de que es indudable que quiso tambien comprender la de la madre: agréguese que esta interpretacion tiene á favor suyo la equidad, al paso que se halla sostenida por la consideracion que merece siempre la edad pupilar.

(21) Concuerda con la l. 1. D. *de carbon. edict.* y con la l. 1. C. d. tit. Adviértase que al parecer no será necesario, segun esta ley, que el impúber al cual se le negó la calidad de hijo al pedir la *bonorum possessio*, deje de lado la accion instituida, para instaurar con nueva demanda la accion carboniana, como decia Bart. en la l. 3. §§. 5. y 13., d. tit.; sino que bastará que por su parte replique que la cuestion de estado debe reservarse para el tiempo de la pubertad. Adviértase, que á fin de que competa este beneficio al impúber, es indispensable que medien algunas presunciones acerca de la filiacion, por ej., que el difunto le llamaba hijo y como tal lo trataba, l. 3. §. 4. D. d. tit., Paul. de Castr. en la l. 20. D. *de inoff. testam.* y la Glos. en d. §. 4.

(22) Adquiriendo la posesion y no la mera detencion, como dice Paul. de Castr. en la cit. l. 20., fundado en el mismo texto.

(23) Añad. d. l. 20. y l. ult. C. *de carbon. edict.* Aun cuando despues resultare no ser hijo, no deberá restituir el valor de los alimentos, á no ser que hubiese obrado con mala fe: vale mas esponerse á que uno sea alimentado de lo ageno, que no correr el riesgo de que perezca en la miseria el verdadero sucesor de los bienes, Paul. de Castr. en d. l. 20. y la l. 2. C. *de carbon. edict.*, junto con la Glos.

(24) Pues que cesa con la pubertad esta *bonorum possessio*, l. 3. §. 3. D. *de carbon. edict.* y l. 2. C. d. tit.: sin embargo, aun se considerará como poseedor en juicio el que obtuvo la posesion en virtud del citado edicto, y dando caucion la conservará, l. 6. §. 6. D. d. tit.; véase allí Bart. Qué dirémos, si la cuestion no versara acerca de la filiacion, y sí sobre el estado del impúber, ó de su padre, ¿se diferirá tambien para la época de la pubertad? Deberá diferirse, si en la cuestion del estado del padre viene envuelta la del estado del hijo, por ej., si se pretendiere que aquel era esclavo; segun Bart. en d. l. 3. §. 13. D. d. tit., col. ult., fundado en la l. 1. §. 11. D. d. tit.; pero no si por medio de la cuestion sobre el estado del difunto no se pone en duda el estado del impúber, por ej., si este fuere instituido por una persona estraña, l. 8. C. *de petit. hæred.* y Bart. en d. §. 13.: no obstante, aun en este caso deberá ser puesto en posesion el impúber, si no se ministrasen las pruebas al momento, l. 2. C. *de edict. Divi Adrian. toll.* y la Glos. y DD. en d. l. 8. Adviértase tambien que no deberá diferirse la cuestion acerca del estado del impúber, si interesa á este el que se agite y resuelva desde luego, d. l. 3. §. 5. D. *de carbon. edict.*

(25) Por aqui se ve que interesa tener ami-

demanda tan solamente la tenencia de los bienes que quiere heredar; mas si el demandasse la propriedad (26) de la herencia, estonce todas las cosas (27) que diximos de suso, que pidiessen contra el, deuelas el Juez oir, e examinar, e librar segun derecho sin alongamiento ninguno, ante que lo entregue de la herencia, que es assi demandada.

LEY 3. *Que es lo que deue fazer el Juez, quàndo vienen dos herederos, e muestran amos cartas de testamento, de aquel que los establescio.*

Delante el Juez viniendo algun ome, que mostrasse el testamento en que fuera establescido por heredero de otro, e pidiesse, que le metiessen en posesion de la heredad, segun dize en la ley ante desta; si otro alguno (28) viniesse ante aquel mismo Juez, e dixesse, que el auia mejor derecho en la heredad, porque fuera despues establescido por heredero (29) del fazedor del testamento, o por otra razon alguna (30) que mostrasse, e que dixesse que lo queria luego prouar (31), estonce, el Juez deue ver amos los testamentos, e oyr las razones de amas las partes, e el que mostrasse que ha mejor derecho en la heredad, aquel

gos para la defensa de los pleitos.

(26) Esto es, por medio de la accion *petitio hæreditatis.* No obstante, despues de haberla instaurado podrá pasar al posesorio, y entonces se diferirá la cuestion acerca de la filiacion, Glos., Bart. y Paul. en la l. 1. C. *de carbon. edict.*, fundados en el mismo texto, y v. Bart. en la l. 3. §. 13. D. d. tit. y el cap. *Pastoralis*, *de caus. possess. et propr.* Adviértase que tambien tiene lugar el remedio de esta ley, cuando se trata de la sucesion á un mayorazgo, ó á un feudo, como dije en la l. 7. tit. 22. Part. 3.: asi pues, si se presenta un hijo presunto del último poseédor deberá dársele la posesion de los bienes, aun cuando otro la hubiese tomado ya y le negare dicha calidad de hijo; reservándose esta cuestion para la época de la pubertad: v. l. 3. §§. 9. y 11. D. *de carbon. edict.* Téngase esto presente, pues que son muy frecuentes en los mayorazgos las cuestiones sobre la legitimidad de los hijos: téngase presente, repito, que estas cuestiones deben diferirse para la pubertad; pero no las que recaen precisamente sobre los bienes, como lo prueban la l. 1. §. 10., vers. *si testamentum valere contendunt*, y la l. 7. §. 2. D. d. tit. Qué dirémos si se tratare de un mayorazgo ordenado por el padre y la madre á la vez? La Glos. en la l. 6. §. 1. d. tit. quiere que en este caso se limite la *bonorum possessio carboniana* á los bienes del padre, sin que esto parezca absurdo, porque el impúber puede muy bien ser hijo del primero, y no serlo de la que se apellida su madre, y vice-versa: ahora en el caso que no pudiese ser ilegítimo respecto del padre, sin que lo fuere por lo que toca á la madre; por ej., si se alegare el parentesco con la ciencia de entrambos; parece que, no solo se diferirá la cuestion sobre la legitimidad, sí que ademas el impúber obtendrá tambien la posesion de los bienes de la madre, arg. d. l. 6. §. 1., junto con la Glos. y l. 7. §. 7. D. d. tit., si bien Alber., siguiendo á Oldrald., quiere en d. §. 7. que en el caso de que allí se trata no se consiga la posesion y sí solo el diferir la cuestion de legitimidad, y alega lo anotado por la Glos. en d. §. 1.; pero bien entendida la Glos.; apoya la opinion que antes he espuesto. Qué dirémos si el mayorazgo fuere ordenado por la madre? Tendrá lugar respecto de él la *bonorum possessio carboniana?* Esto se halla decidido por las cit. ll. 6. y 7. §. 7.; por las que tambien puede resolverse el caso en que uno no pueda llamarse bastardo respecto de la madre, sin que debiera serlo tambien respecto del padre, y vice-versa: véase ademas lo anotado por Bart. en la l. 3. §. 2. D. d. tit., donde dice que tambien tiene lugar el citado remedio, cuando al heredero instituido se le mueve cuestion acerca de su estado; de lo que parece inferirse que procederá en los mayorazgos á los que se suceda por derecho de institucion. Por el contrario, parece que no tendrá cabida en aquellos á los que se suceda de otra suerte, arg. l. 11. D. *de carbon. edict.*, allí: *jura libertorum.*

(27) Añad. l. 8. C. *de petit. hæred.* y allí la Glos.

(28) Declara esta ley quien sea legítimo opositor al efecto de impedir la posesion de que se trata: no obstante, véanse sobre esta materia la Glos. y Bart. en la l. ult. C. *de edict. Divi Adrian. toll.* en la palabra *legitimo*, y allí mismo Dec., col. 12., 13. y 14., el cual esplica el sentido de las palabras de Bart. Qué dirémos, si el opositor comparece, despues que el juez ha espedido el mandato para que se pusiera en posesion al heredero, ó despues que ese mandato se ha llevado á efecto? Véanse los DD. cit.

(29) La Glos. se vale de este mismo ejemplo en la cit. l. ult.

(30) Véanse la Glos. y DD. en d. l., sobre la palabra *legitimo.*

(31) Tenemos pues que deberá ser admitido, como opositor ó contradictor legítimo, el

deue ser entregado en ella. E si amos mostraren que han egual derecho en los bienes del finado, amos deuen ser metidos en posession dellos egualmente.

LEY 4. *Como deue entregar los bienes de la herencia al heredero, aquel que es tenedor della.*

Entregando el Juez de la herencia del finado, a aquel que ouiesse derecho de la auer, deuele otrosi mandar entregar de los frutos della (32). Pero en esto ha departimiento. Ca, si aquel que era tenedor de aquella heredad, ouiesse despendido los frutos, que cogio, o ouo della, auiendo buena fe en teniendola, cuydando que era suya, estonce non seria tenudo de dar la estimacion dellos (33); mas bien seria tenudo de dar los que non ouiesse despendido, si algunos le fincassen en el tiempo que el pleyto fuesse començado sobre la heredad, o en el que fue dada la sentencia (34) sobre ella. E este que era tenedor de la heredad, deue sacar de los frutos las despen-

que ofrezca probar al momento: véase la l. sig., y añad. Bart. y Paul. de Castr. en d. l. ult.

(32) Podria tal vez inferirse que la ley se refiere aqui á la entrega de posesion que se efectúa en los casos de que tratan las dos leyes precedentes y la l. ult. C. *de edict. Divi Adrian. toll.*: empero el Specul. tit. *de testam.* §. *sequitur* col. ult. vers. *sed numquid accessiones*, y Alex. consil. 184., col. ult. asientan que en el interdicto que concede la cit. l. no vienen las accesiones ni los frutos: asi pues dirémos que la ley de Part. habla no del posesorio y sí del juicio petitorio, indicado en la l. 1., vers. *la segunda*; juicio en el cual vienen los frutos, l. 20. §. 3. y l. 40. §. 1. D. *de petit. hæred.*: en efecto, en esta ley ya no habla de la posesion de las cosas hereditarias; sino que trata de la herencia misma y del que á ella tiene derecho, como se ve por aquellas palabras, *que ouiese derecho de la auer.* —* Esto nos parece fuera de duda, asi por lo que dice Greg. Lopez, como porque esta ley y sigs. se reducen á un compendio de lo que en el tit. del D. *de petit. hæred.* se contiene relativo á los efectos de la accion de peticion de herencia.

(33) No obstante se le hará cargo de los frutos consumidos, en cuanto con ellos se hubiese enriquecido, d. l. 40. §. 1. vers. *in bonæ fidei*: y hacésele cargo de dichos frutos, considerándolos como aumento de la herencia, segun d. 1. y allí Ang., y arg. l. 20. §. 3. y l. 25. §§. 11. y 16. D. *de petit. hæred.* No sucede asi en la accion *rei vindicativa*, ó de dominio: en ella no se tiene cuenta absolutamente de los frutos consumidos, cuando el poseedor sea de buena fe, l. 4. §. 2. D. *fin. regund.* y Alber. en la l. 36. §. 5. D. *de petit. hæred.* Empero Ang. en d. l. 40. §. 1. quiere que á lo menos por equidad restituya el valor de los frutos consumidos el poseedor, en cuanto se hubiese hecho mas rico, arg. l. 32. D. *de reb. cred.*, y aduce Inoc. en el cap. *in litteris*, *de restit. spol.*, col. 1. y la Glos. en el pr. Instit. *de offic. jud.* y en el §. 35. *de rer. div.* esto debe entenderse de los frutos naturales; á ellos se refieren Inoc. y la Glos., asi como la l. 39. tit. 28. Part. 3.: los industriales los lucra completamente el poseedor de buena fe, asi que los ha consumido, y es por razon del cultivo y cuidado, segun d. §. 35.; y respecto de los mismos tiene lugar lo que deciden Alber. y la Glos. en el cit. pr. Instit. *de off. jud.*, y Az. en la Sum. C. *de petit. hæred.*, col. ult., el cual señalando la diferencia entre la accion *rei vindicativa* y la peticion de herencia, dice que en virtud de la primera al poseedor de buena fe no se le hace cargo de los frutos consumidos, aunque con ellos se hubiese enriquecido, excepto en dos casos, ll. 48. y 65. D. *de rei vind.*; al paso que sucede lo contrario en la segunda. No obstante Ang. en la l. 35. pr. D. d. tit. sostiene que tambien en la accion *rei vindicativa* entrarán en cuenta los frutos industriales consumidos por el poseedor de buena fe, en cuanto se hubiese hecho mas rico con ellos, y allí contesta al cit. §. 35.: lo mismo decide Alex. cons. 90., vol. 2., col. ult., citando otros DD., si bien en el cons. 21., vol. 4., dice que hubo muchos que sostuvieron lo contrario. Sin embargo, la primera opinion, esto es, la de Az., parece ser la mas general y equitativa, y se halla al parecer confirmada por la cit. l. 39. tit. 28. Part. 3. Adviértase que mientras no se pruebe lo contrario, se presume que el poseedor se ha enriquecido con los frutos que consumió, Glos. y allí Ang. en d. l. 23. D. *de petit. hæred.* y el mismo Ang. en la l. 40. §. 1. D. d. tit.

(34) En la peticion de la herencia se atenderá al tiempo del fallo para decidir si el poseedor se hizo ó no mas rico, esta ley y la l. 36. §. penult. D. *de petit. hæred.*: atiéndese tambien al tiempo de la contestacion del pleito, segun esta ley y lo anotado por la Glos. en d. §. penult.: asi pues, si resultaba en cierta cantidad enriquecido al comenzarse la causa, será responsable de dicha cantidad, aunque al proferirse el fallo, la utilidad hu-

sas (35) que ouiere fechas en labrarla, o en razon de coger los frutos della. Ca, segun dixeron los Sabios antiguos, aquello es llamado fruto, que finca en saluo a aquel que lo cogio, sacadas las despensas (36) que fizo por razon del. Otrosi dezimos, que seyendo negligente, o perezoso (37), aquel que tiene la herencia de alguno que fuesse finado, non la aliñando en la labrar como deuiesse, si este ouiesse buena fe en teniendola, cuydando que era suya, o auia razon derecha de la tener, estonce dezimos, que si el ouiesse a entregar al heredero por mandado del Juez tal herencia, non seria tenudo de darle los frutos que pudiera esquilmar della, si la ouiesse labrada. Ca, pues que el buena fe auia en teniendola, non semeja que el dexaua de la labrar por fazer engaño a otro; mas dexauala, como ome que dexa a las vegadas su heredad, que la non labra, por non poder, o por otra razon. Mas si ouiesse mala fe (38) en teniendo tal heredad, si juyzio fuere dado contra el, que la desampare, este atal es tenudo de entregar la heredad con todos los frutos que el esquilmo della, tambien los despendidos, como los otros que touiesse estonce; e aun con las rentas, e los frutos, que pudiessen ser sacados della, si la ouiesse labrada; porque non auia derecha razon, nin buena fe, en teniendo la herencia del finado. Pero este atal, las despensas que fizo por mejoramiento de los bienes de la herencia, por razon de la aliñar, o de coger los frutos, bien las puede tener (39), e sacar dellos.

LEY 5. *Que aquel que tiene los bienes de la herencia como non deue, si enagena alguna cosa dello, la deue pechar.*

Si contra alguno, que fuesse tenedor de la herencia que pertenesciesse a otro, fuesse dada sentencia que la tornasse, deuela entregar a aquel que la vencio, con todas las otras cosas que ouo por razon della (40). Pero, si de mientra que era tenedor della, vendiesse, o enagenase alguna cosa de tal herencia, estonce, si auia buena fe en teniendo la heredad, cuydando que era suya, dezimos, que si aquella cosa que vendio, pudiere cobrar por aquel mismo precio, o por menos, que recibio por ella;

biese desaparecido; y por el contrario, será tambien responsable, si se halla enriquecido en el último tiempo, aunque ningun aumento ó lucro hubiere consegido cuando el litigio comenzó: asi resulta de esta ley, la que aprueba el parecer de la cit. Glos.

(35) Añad. d. l. 36. §. 5. D. *de pet. hæred.*

(36) Añad. l. 51. D. *fam. ercisc.*, l. 36. §. 5. D. *de petit. hæred.*, l. 7. D. *solut. matrim.*, Bald. en la l. 1. C. *de fruct. et lit. expens.*, col. 1., 2., 3. y 4., Paul. de Castr. en la l. 72. D. *ad leg. falc.* y el Specul. tit. *de locat.*, §. *postquam*, vers. *quid si tibi locavi.* Esta regla no es aplicable á los diezmos prediales, cap. *tua nobis*, *de decim.* Tampoco tiene lugar, cuando se concede una heredad para que se cultive á partes, en cuyo caso corren de cuenta del colono todos los gastos, Alber. en d. l. 36. §. 5., Inoc. y Abb. en d. cap. *tua nobis.* En cuanto á los diezmos personales y otros semejantes, que se perciben de lo que es fruto de la industria y trabajo de los hombres, véanse Ang. y la Gloss. en d. l. 36. §. 5.

(37) Concuerda con la l. 31. §. 3. D. *de petit. hæred.* y con la l. 25. §. 11. d. tit.

(38) Añad. l. 40. §. 1. y l. 20. §. 3. D. *de petit. hæred.* Lo dispuesto aqui respecto al poseedor de mala fe, es aplicable al de buena fe despues de la contestacion del pleito, l. 25. §. 5., vers. *quod si ab initio*, y §. 7. D. *de petit. hæred.* y l. 20. §. 11. D. d. tit.: entiéndase esto en cuanto á la restitucion de frutos: por lo que hace á la responsabilidad, caso de perecer la cosa, véase la l. 40. tit. cit., y la l. 6. de este tit.

(39) Asi pues, tambien al poseedor de male fe se le abonan los gastos de cultivo y recoleccion, l. 51. D. *fam. ercisc.* y l. 36. §. ult. D. *de petit. hæred.*: y poco importa al efecto que los frutos se hayan percibido antes ó despues de la contestacion del pleito, y que existan ó no existan. Qué diremos, si ningun fruto pudo percibirse? recobrará tambien en este caso los gastos el poseedor de mala fe? Decide negativamente Az. en la Sum. C. *de petit. hæred.*, arg. l. 37. D. d. tit., donde lo mismo sostiene Paul. de Castr.: véase allí la Glos.

(40) Añad. l. 20. pr. y §. 1., l. 25. §. ult. y ll. sigs. hasta la 33. D. *de petit. hæred.* El poseedor de la herencia deberá devolver lo que hubiese cobrado á título de pena, ll. 23. y 28. d. tit. y en esta Ang., aunque fuere poseedor de buena fe, á no ser que la pena proviniese de contumacia ó de injuria que se le hubiere irrogado, l. 24. D. d. tit.; en cuanto á la pena percibida á consecuencia de compromiso celebrado por ocasion de algun derecho hereditario, deberá restituirse, segun Paul., de acuerdo con Ang., interpretando la cit. l. 24. en la l. 23. d. tit. Se restituirán tambien las adquisiciones ilícitas, ll. 52. y 27. §. ult. D. d. tit. Restituirá tambien el posee-

tenudo es de la comprar (41), e de tornarla al verdadero heredero que la vencio. E si la non pudiere auer, non es tenudo de dar por ella mas de aquel precio que rescibio (42). Mas si aquel que la vendiesse, ouiesse mala fe en teniendo la herencia, tenudo es de tornar aquella cosa misma que vendio, si la pudiere auer en alguna manera. E si auer non la pudiere, dèue dar por ella, tanto quanto mas pudiere valer (43), a aquel que vencio la herencia por juyzio.

LEY 6. *Que aquel que es tenedor de la herencia como non deue, si se muriere alguna bestia, o alguno de los ganados entre tanto, la deue pechar a los herederos.*

Començado (44) seyendo el pleyto por demanda, e por respuesta contra alguno, sobre la heredad de que fuesse tenedor a mala fe, (45), si entre aquellos bienes de la herencia fuessen algunas bestias, o ganados, maguer se muriessen de enfermedad, o por otra razon, en tal tiempo como este, tenudo seria de la pechar al heredero, seyendo este tenedor vencido de la heredad por juyzio. Mas si este daño viniesse en las bestias, o en las otras cosas de la herencia, ante que el pleyto fuesse començado sobre ella, non seria tenudo de lo pechar, quando acaesciesse sin culpa del (46). Pero si este, que fuesse assi vencido, era tenedor de la herencia a buena fe (47), cuydando que auia derecho de la tener, estonce el daño que acaesciesse, assi como de suso dixi-

dor, fuere de buena ó mala fe, las cosas que hubiese comprado como necesarias á la misma herencia, si bien que deberá entregársele el precio, l. 20. cit. : por aqui arguye Bald. contra los prelados intrusos que compran alguna cosa necesaria para el beneficio ó dignidad; véanse allí el cit. D. y Paul de Castr.

(41) Téngase esto presente en la interpretacion de la l. 16. §. 5. y de la l. 25. §. 17. D. *de petit. hæred.*, y véase la l. 20. §§. penult. y ult. D. d. tit.

(42) Concuerda con d. l. 16. §. 5. Qué diremos si el poseedor de buena fe tiene la cosa y el precio? V. l. 22. D. d. tit. Adviértase que si el heredero se dirigió antes contra el vendedor y de él ha recibido el precio, no podrá ya reconvenir al poseedor, porque se entiende haber ratificado la enagenacion, y de otra parte no puede tener á la vez la cosa y el precio, d. l. 25. §. 17. Si accionara desde luego contra el comprador, podrá este defenderse alegando que compró de un poseedor de buena fe? Véase la cit. l. 25. §. 17. y allí Paul. de Castr., el cual interpretando dicho §., declara procedente la escepcion en tres casos : primero, cuando el comprador podia reconvenir por la eviccion al vendedor y este habia consumido improductivamente el precio; entonces el comprador usará de la escepcion que compete al vendedor, el cual no debe ser reconvenido mas allá de cuanto haya lucrado : segundo, cuando el vendedor comparece en juicio y se asume la defensa; en este caso el comprador puede desentenderse del litigio, diciendo que se reconvenga á su causante : tercero, si el heredero hubiese antes reconvenido al vendedor y recibido de él el precio, como llevo dicho mas arriba. Qué dirémos, si el vendedor se enriqueció con el precio? Tendrá en este caso el comprador alguna escepcion para repeler la demanda del heredero? Véase la Glos. en d. l. 25. §. 1. y distíngase con Bald. allí, col. 2. vers. *pro hujus declaratione.*

(43) Este dejó de poseer con dolo, pues que era poseedor de mala fe : asi es que es responsable, no solo del precio, sí que tambien de todos los perjuicios estimados por el mismo heredero, mediante el juramento llamado *in litem*, y mas bien por via de pena, que por título de perjuicios, l. 20. §. ult. y l. 13. §. penult. D. *de petit. hæred.* y Paul. de Castr. en d. l. 25. §. 1. tit. cit. : añad. Az. en la Sum. C. d. tit., donde dice, *itèm veniunt et ea, quæ quis dolo desiit possidere, si stant. non deperdita vel diminuta, vel si reus ab emptore nullo modo recipere potest, juratur contra eum in litem* : nuestra ley concuerda con Az. en este punto.

(44) Trae su orígen de la l. 40., pr. vers. *quid enim si post litem contestatam* D. *de petit. hæred.* y de la l. 19. §. 2. d. tit.

(45) Porque el que verdaderamente es poseedor de mala fe responde de todo caso fortuito, si despues se le suscitare litigio, l. 40. D. *de petit. hæred.*

(46) Si hubo culpa de su parte, será responsable de la cosa, aunque hubiese perecido antes de la contestacion del pleito, esta l. y d. l. 19. §. 2.

(47) Si bien todos los poseedores quedan equiparados despues de la contestacion de la causa, considerándose entonces poseedores injustos, segun la l. 25. §. 7. D. *de petit. hæred.*; esto debe entenderse únicamente en cuanto á responder de los frutos percibidos y podidos percibir : por lo que mira á la responsabilidad, caso que la cosa perezca, se distingue entre el poseedor que realmente tuvo mala fe, y aquel á quien se le supone en

mos, non seria tenudo de lo pechar. Ca assaz abonda (48) al heredero, que cobre la heredad, e las cosas que y son falladas biuas al tiempo del juyzio que dan contra el tenedor, que non auia derecho de la tener.

LEY 7. *Por quanto tiempo puede perder el heredero la herencia, non la demandando.*

Tenedor podria el ome ser de la heredad agena, en tres maneras. La primera es, quando aquel que la tiene, cuyda auer derecho en ella por alguna razon, e non lo ha. E esto seria, si la ouiesse comprado de alguno que non ouiesse derecho en ella, cuydando que era suya; o si alguno fuesse establescido por heredero en algund testamento, que despues fuesse reuocado, non lo sabiendo el. E en tal caso como este dezimos, que si aquel que dize que ha derecho en tales bienes como estos, non los demandare en juyzio fasta diez años (49) a aquel que assi los tiene, seyendo en

virtud de la contestacion del pleito; el último responde de la cosa en el único caso de perecer ella por dolo ó culpa del mismo, esta l. y la 40. D. *de petit. hæred.* Sin embargo, si el que era poseedor de buena fe al principio ha venido despues en conocimiento de que la cosa era agena, será responsable de ella, de la misma suerte que si la hubiese adquirido con mala fe, Bart. en d. l. 40. y en la l. 38. D. *de rei vind.*: esceptúese con Paul. de Castr. en d. l. 40. el caso que la cosa hubiese tambien debido perecer, hallándose en poder del dueño; entonces la buena fe que concurrió en la adquisicion escusará al poseedor, como dice la Glos. en la l. 15. al fin. D. *de rei vind.*, y hace al propósito la cit. l. 40.: lo mismo dirémos si tuvo justa causa de litigar, segun lo anotado en dichas leyes.

(48) Nótese esta razon: la cit. l. 40. indica otra, á saber, que no debe precisarse al poseedor á que abandone la defensa de sus derechos, como resultara tal vez haciéndole responsable de semejante caso fortuito.

(49) Tenemos aqui que la peticion de herencia queda prescrita, si un tercero hubiese poseido por 10 años con buena fe y justo título; y lo mismo se deduce de la l. 4. C. *in quib. caus. ces. long. temp. præscript.* y de la l. ult. C. *de edict. Divi. Adrian. toll.* Empero, á esto se objeta que la peticion de herencia es una accion que no se concede contra el que posee con título, l. 9. D. *de petit. hæred.*; y la razon consiste, como dice Bart. en la l. 3. C. d. tit., en que al instituir dicha accion el heredero, se funda únicamente en la calidad de tal y en la posesion del difunto, no importando que este no fuera dueño de las cosas que se reclaman, l. 19. D. d. tit.; al paso que el que posee con título dichas cosas, tiene á favor suyo el título y la posesion, esto es, igual derecho que el actor; asi pues en igual caso, debe ser mejor la condicion del que en la actualidad posee, cap. *in pari*, *de Reg. Jur.*, lib. 6., y l. 9. pr. y §. 1. D. *de publicia.*: esta es, segun Bart., la verdadera razon, la que da tambien Bald. en d. l. 4.: ademas el poseedor podrá usar del indicado medio de defensa antes y despues de la contestacion del pleito, segun el mismo Bart. en la l. 11. C. d. tit., vers. *quæro* 1: es pues perentoria esta escepcion, y por lo mismo parece imposible que la peticion de herencia quede escluida por la prescripcion de 10 años, atendido que semejante prescripcion no procede, sin que haya título, l. 24. C. *de rei vind.* y l. 23. D. *de usucap.* Empero á esto puede contestarse que hay casos en que la peticion de herencia se concede contra el poseedor con título, los que pueden verse en la glos. á d. l. 4.: á los que allí se indican añádase otro, á saber cuando el título fuese posterior á la muerte de aquel de cuya sucesion se trata, Bald. en la l. 1. C. *de edict. Divi. Adrian. toll.* 9. y 11. oppos.; pero la opinion de Bald. es allí impugnada por Salic. y Alex., col. penult.: no obstante puede sostenerse en el supuesto que el título proviniese de aquel que podia ser reconvenido por medio de la peticion de herencia, añadiéndose que la adquisicion se hubiese hecho con mala fe, ó pendiente la causa; como se colige de lo que dice Bart. en d. l. 11. al fin. Tambien Alex., cons. 73., vol. 5. impugna la opinion de Bald., y dice, que si bien la peticion de herencia no puede instituirse contra el que posee con título, aunque este título fuese posterior á la muerte del difunto; con todo, procederá contra dicho poseedor en semejante caso la accion de la l. últ. C. *de edict. Divi. Adrian. toll.* Competerá sí, la peticion de herencia contra el que posee con título putativo, segun Alex., cons. 85., vol. 2., col. 1.; pues que entonces no cabe el motivo espresado por Bart. y otros: y si bien el error se reputa por justo título, por lo que mira á la prescripcion; no sucede asi cuando se trata de repeler la accion en demanda de la herencia, ó el interdicto *quorum bonorum*, segun la Glos. y Bart. en la l. 1. D. *quor. bon.*, y pruébalo esta l. de Part. cuando dice, *o si alguno fuesse establescido por heredero en algund testamento, que despues fuesse reuocado, non lo sabiendo el*: añad. Glos. en d. l. 4. y Paul. de Castr. en la l. 1.

la tierra, o fasta veinte seyendo en otra parte, que perderia despues su derecho; e gana la herencia aquel que fuesse assi tenedor della. La segunda manera es, quando aquel que tiene los bienes, e la herencia del finado, ha razon de tenerla (50), e sabe ciertamente, que non ha derecho ninguno en ella. E esto seria, como si la ouiesse comprada de algun ome, que sopiesse ciertamente que non era suya, nin auia derecho de venderla. E la tercera manera es, quando sabe ciertamente que non ha derecho en ella, e demas non puede mostrar razon cierta, por que la tiene. E en qualquier destas dos maneras que agora diximos a postremas, si aquel que ha derecho en la heredad, non la demanda a los tenedores della fasta treynta años (51) sabiendolo, (d) o podiendolo fazer, dezimos, que pierde por su negligencia aquel derecho que en ella auia, e ganala por este tiempo el otro que la touo. Pero el que fuesse menor de veynte e cinco años (52), non podria perder por este tiempo sobredicho el derecho que ouiesse en la here-

(*d*) et podiéndolo Acad.

D. *pro hæred.*; empero lo contrario opinaba la Glos. en las ll. penult. y ult. D. *pro leg.*, con la que está de acuerdo Bald. en d. l. 24. C. *de rei vind.*, col. 1. Alex. cons. 89., col. 3. vol. 5. distingue entre el título universal y el singular; el universal putativo y erróneo, suficiente para la prescripcion, no basta sino está prescrito, para escluir la peticion de herencia; y en este caso dice que procederá la opinion de la Glos. y Bart. en d. l. 1. *quor bon.*, al paso que escluirá dicha accion el título singular, aunque fuere lucrativo, debiendo en este supuesto admitirse el parecer de Bald.; y la razon de diferencia consiste, segun el cit. Alex., en que contra el poseedor con título universal, aunque fuere verdadero, compete la peticion de herencia, cual si ningun título tuviese, l. 3. §. 4. D. *de petit. hæred.*, junto con lo anotado allí por la Glos. Con todo adviértase que el título universal no puede escepcionarse en varios casos contra el que instituye la peticion de herencia; por ej. cuando el vendedor no comparece y la herencia se compró á un precio módico, ó bien, con mala fe; tambien si la herencia se hubiese comprado al fisco, d. l. 13. §§. 4. y 5. y la Glos. en d. l. 5. C. *in quib. caus. cess. long. temp. præscript.*: asi pues la razon de diferencia que da Alex. no es tan concluyente como le parece, si bien al parecer la apoya nuestra l. de Part. cuando dice, *e esto seria si la ouiesse comprado* etc. Sin embargo, parece que nuestra ley deberá entenderse de acuerdo con el derecho comun, y de consiguiente, que se concreta á los casos indicados por la Glos. en la cit. l. 4.; ó mas bien deberá decirse tal vez que el título putativo, ya universal, ya singular no escluye la peticion de herencia pues que entonces falta la razon indicada al principio, á saber, que en igual caso es mejor la condicion del que posee; y en efecto no hay paridad entre el título verdadero y el putativo: de lo que resultara desechada por nuestra ley la opinion de la Glos. en d. l. ult. D. *pro leg.* y admitida la de la Glos. y Bart. en d. l. 1. D. *quor. bon.* Concluyamos pues que en aquellos casos en que la peticion de herencia compete contra el que posee con título, quedará prescrita á los 10. ó 20. años, segun aqui se espresa, y lo nota la Glos. en d. l. 4. Podria tambien decirse que esta ley no parte espresamente del caso en que se entablare la peticion de herencia; y de consiguiente, que pudiera referirse á la accion *reivindicativa*, la que queda prescrita por el poseedor con título al cabo de los 10 ó 20 años, d. l. ult. C. *de edict. Divi Adrian. toll.* y allí Jas., col. ult. —* Tenemos por indudable la distincion de Alex. entre el título universal y el singular; atendido que en distintas leyes hallamos escrito que la accion *petitio hæreditatis* se da contra aquel que posee como heredero sin serlo, esto es contra el poseedor con título putativo universal, y contra el poseedor sin título (*contra illum qui pro hærede vel pro possessore possidet*). Y no obsta que tan solo en ciertos casos compete contra el comprador de la herencia, porque de una parte el título de compra y venta es de suyo singular; y de otra parte existe el poseedor del título de heredero, y este es el vendedor, quien verificando la venta ha ejercido el mayor de los actos de heredero, y sosteniéndola sigue en posesion del mismo título; véase la adic. á la glos. 1. de este tit.

(50) Es decir, título en virtud del cual la obtuvo del que no era dueño, como mas abajo se añade: contra semejante poseedor se da la accion *petitio hæreditatis* útil, l. 13. §. 8. D. *de petit. hæred.* El que pretende haber comprado del heredero, parece equipararse al que posee como heredero; se entiende tambien poseer en calidad de tal el que dice ser heredero, no siéndolo, l. 11. D. d. tit. y allí la Glos. y Paul. de Castr.: ahora, si supiere que no era heredero, se dice que está en la tenencia en calidad de simple poseedor, segun la Glos. y Paul. lug. cit. y en particular en el caso siguiente de la ley.

(51) Añad. l. 3. C. *de petit hæred.*

(52) Añad. l. ult. C. *in quib. caus. in integr. restit. non est necess.* y l. 9. tit. ult. de esta Part.

dad, en tanto que fuesse menor desta edad.

TITULO XV.

DE COMO DEUE SER PARTIDA LA HERENCIA ENTRE LOS HEREDEROS, DESPUES QUE FUEREN ENTREGADOS DELLA. E OTROSI, DE COMO SE DEUEN AMOJONAR LAS HEREDADES, QUANDO CONTIENDA ACAESCIESSE ENTRE ELLOS EN ESTA RAZON.

Entregados seyendo los herederos de la heredad, e de los bienes del finado, acaesce muchas vegadas desacuerdo (1) entre ellos, por razon de las cosas que son apoderados todos comunalmente, por que por fuerça han de venir a particion (2). Onde pues que en los titulos ante deste fablamos de como deuen ser apoderados los herederos en los bienes de aquellos a quien heredan, queremos aqui dezir, como los deuen partir entre si. E mostrar, que cosa es esta Particion. E que pro viene de ella. E quien son aquellos que la pueden demandar. E a quien. E quales cosas pueden partir. E quales non. E en que manera deue ser fecha la particion. E de si diremos, e mostraremos, que poder ha el Juez, ante quien vienen a pleyto los herederos en razon desta particion.

LEY 1. *Que cosa es particion, e que pro viene della.*

Particion es departimiento que fazen los omes entre si, de las cosas que han comunalmente (3) por herencia, o por otra razon. E viene ende grand pro (4), quando es fecha derechamente. Ca se tiran por ella desacuerdos (5) muy grandes, que nascen entre los omes a las vegadas, por razon de las cosas que han de so vno; e tienese cada vno por pagado con su parte, quando la ha, e aliñala mejor, e aprouechase mejor, e mas della.

LEY 2. *Quien son aquellos que pueden demandar particion, e a quien; e quales cosas pueden partir, e quales non, e en que manera.*

Cada vno de los herederos (6) que ha derecho de heredar los bienes del finado, puede

(1) Toda comunion suele dar lugar á la discordia: añad. l. 26. D. *de servit. urb. præd.*, l. 77. §. 20. D. *de leg.* 2. y l. 26. §. 4. D. *de condict. indeb.*

(2) En efecto, los negocios que pesan sobre muchas personas son desempeñados perezosamente: natural es mirar con negligencia las cosas comunes, considerándose por lo regular como ageno aquello que solidariamente no nos pertenece: por fin el que codicia la porcion agena descuida la suya propia, l. 2. C. *quand. et quib. quart. pars debeat.*, así es que ha recibido el encomio de la ley la division entre hermanos hecha de comun acuerdo, l. ult. D. *fam. ercisc.*

(3) Pues que donde la comunion no existe, la division no cabe, l. 6. D. *de reb. eor.* y allí Bart.

(4) V. l. 2. C. *quand. et quib. quart. pars*: no obstante, conviene á veces permanecer en comunion, l. 14. §. 2. D. *comm. div.* Añádase, que el acto de la division es justo título para prescribir, l. 4. §. 1. D. *pro suo*, glos. ult. y allí Flor. en la l. 36. D. *fam. ercisc.*, Glos. y allí Paul. en la l. 1. C. *comm. utr. jud.* y Bart. en la l. 29. D. *de usucap.*, col. 2.

(5) Como queda dicho en el proemio de este título, S. Ambros. en el libro de Abraban, cap. 3., dice, *divide, ut potius maneat amicitia: indivisa domus duos non sustinet.* Añad. l. 34. §. 1., vers. *sin autem non in auro*, C. *de donat.*

(6) Qué dirémos, si uno de los herederos fuese pródigo y sobre él hubiese recaido la interdiccion judicial? Este no podrá promover la division, segun la l. 18. pr. D. *de castr. pec.*, cuya ley dice ser única en la materia Bald. en la l. 14. C. *de sacros. Eccles.* El menor de 25. años, ó su curador, podrán pedir la division, como parece probarlo la l. 38. D. *fam. ercisc.*; lo que deberá entenderse en el supuesto que fuese la division útil al menor ó adulto; de otra suerte, ni este, ni su tutor ó curador podrán instarla, si bien los demas herederos tienen derecho para promoverla, l. 17. C. *de præd. min.*, l. 20. D. *de auct. tut.*, Bart. en d. l. 2. C. *quand. et quib. quart. pars*, y allí latamente Luc. de Pen. col. 3. y 4., Jacob. de Arec., Cyn. y Bald. en la l. 1. C. *si adv. transaction.*, el mismo Bald. en la l. 1. D. *de reb. eor.*, Bart. y DD. en la l. 14. D. *pro soc.*, Glos. y Bart. en d. l. 14. C. *de sacros. Eccles.* y Juan Andr., adiciones al Specul. tit. *de Curator.*, en la rubr. Lo mismo dirémos del loco que del menor, Bald. en d. l. 14. pr., pues que goza de los privilegios de la menor edad, Glos. en la l. 2. C. *de curat. fur.* En cuanto á la Iglesia, véase la cit. l. 14. — * Los tutores y curadores no pueden provocar la division, porque ella viene á parar á la enagenacion, la que les está prohibida respecto de los inmuebles, á no ser por causa probada de necesidad ó utilidad y mediante la autorizacion del juez. De aqui se

demandar a los otros que los partan entre si. (*a*) E pueden ser partidos (7) estos bienes, segun manda el testador en su testamento, quando lo fizo; o si murio sin manda, deuen partir la herencia del, segund dizen las leyes que fablan en esta razon, en los titulos (8) que son puestos de suso. Pero si en los bienes del testador fueren falladas algunas cosas malas (9), assi como ponçoñas (10), o malas yeruas, o dañosas melezinas (11), o libros, o escrituras de encantaciones malas (12), o otras cosas de aquellas que son defendidas que non vsen los omes dellas, non las deuen partir entre si; ante dezimos, que las deuen quemar, e destruir (13). Otrosi, si fallaren en los bienes de la heredad algunas cosas que fuessen mal ganadas, assi como si aquel que las gano, fue ome que recibio, o tuuo en su poder algunas rentas del Rey, e furto algo dellas (14), o si furto, o robo, o forço a otro ome alguna cosa, o lo gano de vsura (15) non lo

(*a*) Et deben seer partidos Acad.

sigue que podrán instar la division de la herencia siempre que lo exigiere la necesidad ó fuese muy útil al huérfano, debiendo entonces el magistrado interponer su autoridad; síguese tambien que si la herencia consiste únicamente en caudales y muebles, podrán provocar la division sin espresar ni probar causa alguna. — Veamos ahora si puede ó no prescribirse esta accion que la ley concede á cada uno de los herederos, al efecto de promover la division. Conviene distinguir en este punto: ó los bienes hereditarios se hallan poseidos por un tercero; ó por uno de los coherederos, quien los tiene en calidad de comunes; ó en fin por un coheredero que los posee esclusivamente en su nombre, como dueño *in solidum*. En el primer caso, no se ve razon por que el tercero deje de prescribir los bienes hereditarios, cual lo verificara respecto de cualesquiera otros que no tuviesen semejante calidad; y entonces la prescripcion dejará indirectamente sin efecto la accion dicha. En el segundo caso la prescripcion no cabe, pues que por medio del coheredero que posee en comun, siguen los demas en la posesion, l. 2. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec. En el último supuesto, la prescripcion procede contra los coherederos que dejan que otro coheredero posea esclusivamente en su nombre, y la accion, como mista de real y personal cesará á los 30 años, l. 5. del cit. tit.

(7) Concuerda con la l. 2. D. *fam. ercisc.*

(8) En los tits. 1. y 13. de esta Part.

(9) Concuerda con la l. 4. §. 1. D. *fam. ercisc.*: asi pues estas cosas no vendrán comprendidas en la accion con que se demanda la herencia, Bald. en d. l.

(10) Antiguamente en Marsella se custodiaba en un lugar público el veneno templado con la cicuta para darlo á los reos de pena capital, como dice Flor. citando á Valer. Max. en d. l. 4. §. 1.

(11) Esceptúense aquellas que mezcladas con alguna otra sustancia pudiesen servir en calidad de medicamentos, l. 17. tit. 5. Part. 5.

(12) A estos los llama el Jurisconsulto en la cit. l. 4. §. 1., *libros improbatæ lectionis*, tales son los que versan sobre magia ó sortilegios, como se dice en la caus. 26. q. 2., donde Archid. en el cap. *qui sine*, dice lo mismo del arte que se llama *notoria*, por la que se pretende leer en lo venidero, arte que es vana y prohibida, Sto. Tom. 2. 2., quest. 96. art. 1.

(13) Asi proceden generalmente los confesores: hace al propósito la l. 6. §. 1. C. *de hæret.*

(14) Concuerda con la cit. l. 4. §. 1., vers. *sed et si quid ex peculatu*; añad. l. 6. tit. 26. Part. 2.

(15) Por aqui se ve que se desecha la opinion de aquellos que querian que tambien se dividiese entre los herederos lo adquirido por medio de contratos usurarios, si bien podia demandárseles por la *condictio indebiti*; ó en fuerza del can. *de usur.*: sostuvieron esta opinion Jac. Aret., Ricard. y Bald. en la l. 8. C. *fam. ercisc.* y los mismos junto con Florian. y Alber. en la cit. l. 4. §. 1., Odofr. en d. l. sostenia por el contrario que las usuras no venian comprendidas en la division de la herencia, diciendo, que si el padre al último de su vida declara que cuanto tiene lo adquirió á título de usura y manda que se restituya á aquellos á quienes corresponda, y caso que no parezcan, á los pobres, dejando únicamente á sus hijos su bendicion; en este caso, dice, que tales hijos no dividirán entre sí la herencia: asi opinan tambien, Rofr. en el tit. *fam. ercisc.* §. *quantum est*, Salic. en d. l. 8., apoyándose, en que segun la cit. l. 4. §. 2. lo injustamente adquirido no debe dividirse: de la misma suerte opinan Guido de Suza citado por Alber., Juan de Anan. en la rubr. *de usuris*, al fin, y Socin., cons. 127., col. penult., vol. 3.: esta es la opinion que nuestra ley aprueba. Véanse sobre la materia Bald. en la l. 6. C. *de bon. quæ lib.*, pr., col. 1., vers. *modò quæro*, Alex. en la l. 24. D. *de acquir. poss.* y Paul. de Castr. en la l. 3. D. *ad leg. falc.*, vers. *itèm nota hic argumentum*.

deuen partir entre si los herederos; ante dezimos, que deuen tornar (16), e dar estas cosas atales a aquellos cuyas fueren, o a los que lo suyo ouieren de heredar. E si non supieren ciertamente, cuyas fueron estas cosas que fuessen assi ganadas, estonce se deuen dar por Dios (17); porque el anima de aquel que assi las gano, no sea penada por ellas (18).

LEY 3. *Quales ganancias es tenudo el vn hermano de partir con el otro.*

Todas los cosas que el fijo ganare en mercaderia (19) con el auer de su padre

(16) En este caso, pues, no será mejor la condicion del que posee: hace al propósito lo que dice Bald. en la l. 1. al fin C., *pro soc.*, á saber, que el obispo podrá precisar á la restitucion de las usuras al socio que, si bien no intervino én los contratos usurarios, participó de los celebrados por su compañero, alega la l. 54. D. *pro soc.* y á Martin. Sillan. Puede de esta ley de Part. deducirse, que caso de haber amayorazgado el testador alguna cosa ilegalmente adquirida, no deberán entregarla los herederos al nombrado para suceder al mayorazgo: empero obsta la l. 45. §. 1. D. *de leg.* 1., junto con lo que allí dice Paul. de Castr. vers. *in legato autem certæ speciei.* Qué dirémos, si el testador amayorazgare un territorio con todo lo que en él posee? Vendrán entonces comprendidos los predios que poseia con mala fe? Decide negativamente Bald. en la rubr. C. *de verb. signif.*, vers. *quid ergo.*

(17) Añad. cap. *cum tu*, *de usur.* y cap. *cum sit*, *de jud.* Esta distribucion se hará por los albaceas, ó por el obispo? V. Juan Andr. en el cap. ult. *de testam.*, lib. 6. Deberán los bienes distribuirse entre los pobres del lugar, donde se ejercieron las usuras ó robos, ó bien entre los del domicilio del difunto? V. Juan de Anan., citando el cons. 32. de Feder. en d. cap. *cum tu*, col. 4. y 5. Será admisible la composicion en esta materia? Paul. de Eleaz. en la Clement. 2. *de pœn. et remiss.* sostiene que no es admisible; síguele Imol. deduciendo de aqui que son de ningun efecto asi en el foro esterno como en el interno las composiciones que se verifican con los herederos de los usurarios, reg. *peccatum, de reg. jur.* lib. 6., y son de este parecer Bald. en la l. 13. C. *de furt.* y Juan de Anan. en el cap. *cum sit*, *de jud.*: empero Cardin. en d. Clement. 2. 5. notab. sostiene que el obispo podrá transigir, cuando la cantidad fuere incierta; mas no si es cierta, arg. cap. *quamquam*, vers. *cæterum*, *de usur.*, lib. 6., y de esta suerte opina tambien Ang. en su disput. que empieza, *hastensis miles*; véase sobre esto Socin. en el cit. cons. 127., col. 3. y 4. Acerca de si caben en el Papa facultades para absolver en el caso de que se trata, aunque no se verifique la restitucion íntegra, véanse el Host. en el cap. 2. *de pœn. et remiss.*, Cardin. é Imol. en d. Clement. 2., Socin. en d. cons. col. 10., el Arzobispo Florentino, part. 2. tit. 2. cap. 6. al fin y Silvestr. en la sum. en la parte *restitutio*, la 8., vers. 8. *quæritur.*

(18) Si el difunto se arrepintió, durante su vida y quiso restituir todo lo injustamente adquirido á título de usuras ó de otra suerte; no obstante de esto no quedará libre su alma, mientras no se verifique la restitucion completa, aunque otro se hubiese encargado de efectuarla, segun Sto. Tom. 4., dist. 15., quest. 1., art. 1. quest. 3.

(19) [Esta materia de las colaciones, complicada en el derecho romano, por las sucesivas variaciones que esperimentó desde el edicto del pretor hasta Justiniano, se nos presenta oscura é incompleta en nuestro código, mayormente para el caso de ser testamentaria la sucesion. Empero las leyes de Toro, sin separarse en el fondo de los principios capitales que aqui se sientan, han simplificado este punto, llenando al mismo tiempo los vacíos mas principales; véase el apéndice que va al fin del título 8. de esta Part. Adviértase que las ganancias de que habla esta ley y sobre las cuales discurre Greg. Lopez en esta glos., no pueden referirse á las donaciones, sino que junto con el capital se agregarán al patrimonio paterno para calcular las mejoras]. Tenemos aqui espreso que todo cuanto adquiere el hijo con los capitales del padre, lo adquiere para este en calidad de peculio profecticio: lo mismo se establece en la l. 7. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real; y asi lo deciden la Glos. en la l. 6. pr. *de bon. quæ lib.* y el Specul. tit. *de jud.*, §. *sequitur*, vers. *quod si alter filiorum.* Asi pues parece, como indica Diego del Castillo en la l. 29. de Toro, glos. 1., que por esta ley de Part. se desecha la opinion general de los DD., quienes en este punto distinguian, calificando de peculio profecticio la adquisicion en cuanto proviniera de los capitales, y de adventicio, en cuanto fuere resultado de la industria del hijo, no sujetándola de consiguiente á colacion en este caso: asi opinaba Jac. Butric. en d. l. 6., siguiéndole Bart. y la generalidad de los DD., y en estos términos deciden Bald. y el mismo Bart. en la auth. *ex testamento*, C. *de collat.* Difusamente se ha escrito sobre esta materia: So-

(20) seyendo en su poder, todas las deue aduzir a particion con los otros bienes que fueron de su padre, e partirlas con los otros hermanos. Otrosi dezimos, que la dote (21), o el arra (22), o la donacion (23), que el padre diere en casamiento a alguno de sus fijos, se deue contar (24) en la parte de aquel a quien fue dada; fueras ende, si el padre dixesse seña-

cin. en particular, cons. 92. vol. 1. col. antepenult. y sig. la trata con estension y distingue cinco casos. Primero, cuando el padre no queriendo negociar por sí, pone á su hijo al frente del comercio, para que en su nombre lo ejerza: en este caso, dice, todas las ganancias serán profecticias, pues que el hijo obra como administrador de su padre contra quien tienen lugar las acciones institoria y exercitoria, Instit. tit. *quod cum eo*, y hace al propósito la l. 55. D. *de procurat.*; añad. Bald. en la l. 13. C. *fam. ercisc.*, col. 1. vers. *quæro hic*, donde dice que si el peculio recibe incremento, este se considera de la misma naturaleza, que aquel, arg. l. 40. D. *de pecul.*; y si se dijere, añade el mismo Bald., que el resultado del trabajo es peculio adventicio, lo concederé, cuando el hijo obre en su nombre, ó para sí, pero no en este caso en que parece trabajar para el padre, dado que sus operaciones tienen por base los capitales que son del dominio de este, arg. l. 48. *de oper. libert.*: y queda lo dicho fuera de duda, segun el mismo Bald., fijando la vista en el caso contrario, esto es, si suponemos que en vez de ganancias hubo pérdidas; en este caso los demas hijos no podrán pretender que el que tuvo el peculio las resarza, sino que deberán recibir el peculio, tal como exista, d. l. 13. En este primer caso procederá sin dificultad nuestra ley de Part.: véase acerca de él al mismo Socin., cons. 162., vol. 2. El segundo caso que pone Socin. consiste en que el padre no queriendo negociar suministra capitales al hijo, y para que logre mayor crédito, consiente en que negocie en su nombre: entonces, dice, deberán partirse las ganancias, segun la teoría de Bart., Bald. y otros, teoría que es la general y de la que he hecho mencion mas arriba. El tercer caso es cuando el padre entrega caudales al hijo en calidad de peculio profecticio, para que disponga de ellos libremente, y deja que negocie con ellos, pero sin dár su consentimiento espreso; resultando de aqui obligado el padre por el contrato del hijo, en fuerza de la accion tributoria, hasta donde alcance el mismo peculio; y que si bien concurre con los demas acreedores, no puede deducir antes sus créditos; tot. tit. D. *de tribut.*: en este caso tambien segun Socin., tendrá su aplicacion la teoría general. El cuarto caso es cuando el hijo recibe dinero de su padre y negocia sin conocimiento del mismo: entonces el padre está tenido por la accion de peculio, pero deducirá lo que acredite, Instit. tot. tit. *quod cum eo*: y en este caso tambien procederá la cit. opinion general. El quinto caso es, cuando el hijo toma ocultamente caudales de su padre y negocia con ellos: este caso es disputable, segun el mismo Socin., pero al fin concluye que tambien tiene lugar en él la citada opinion general. Es digna de meditacion esta materia y en particular la distincion que hace Socin., tanto mas cuanto nuestra ley de Part. habla en términos generales y sin distinguir: empero, tal vez por razon de equidad, deberia interpretarse á tenor de la distincion propuesta, mayormente atendido que nuestras leyes de Part. califican de peculio adventicio lo que el hijo adquiere con su trabajo, l. 5. tit. 17. Part. 4., donde puede verse lo que sobre esta cuestion dije. ¿Qué dirémos, si muerto el padre; negociare uno de los hermanos? ¿Deberá hacer partícipes de las ganancias á los demas? V. Bald. en la l. 4. C. *comm. utr. jud.* y Dec. cons. 255.

(20) En caso de duda, se presumirá que procede de los bienes del padre? V. Juan de Plat. en la l. 7. al fin, C. *de jur fisc.*, quien alega la Glos. en la l. 6. C. *de bon. quæ lib.* Alex. cons. 31. vol. 4., dice, que debe echarse mano de conjeturas, y que en caso de duda se presumirá proceder de los bienes paternos.

(21) Añad. l. 1. y tot. tit. D. *de collat. dot.* l. 4. C. *de collat.* y l. 29. de Toro. — * Véase el apéndice al tit. 8. de esta Part. n. 11. y la nota *m.*

(22) De la donacion *propter nuptias*, se trata en la l. 1. tit. 11. Part. 4.: añad. l. 17. C. *de collat.* y d. l. 29.

(23) Entiéndase de la donacion con causa, Glos. y la generalidad de los DD. en la auth. *ex testamento* C. *de collat.*: y en efecto, asi lo indican aquellas palabras que se leen en seguida, *que el padre diere en casamiento*; á mas de que de la donacion simple se trata en la ley siguiente.

(24) Verifícase pues la colacion de la dote por imputacion, l. 5. C. *de collat.*: hácese tambien llevando al acervo comun la misma cosa dotal, l. 12. C. d. tit.: algunas veces tambien cediendo la accion, aunque sea ineficaz, auth. *quod locum*, C. d. tit. y l. 1. §. 5. D. *de collat. dot.*; y dando por libres de la obligacion á los herederos, si la dote no se hubiese satisfecho, l. 2. C. d. tit., Bart. en

la l. 1. §. 8. D. *de collat. dòt.* y en la l. 6. d. tit. : y cuando la hija hubiere recobrado la dote, la colacion se verificará llevando al acervo comun la misma cosa dotal, segun Bald. en d. l. 5. y v. l. 5. §. 1. D. *de collat. dot.* donde tambien se trata de la mora en verificar la colacion, sobre lo cual pueden verse tambien Bart. en d. l. y Socin. cons. 64., vol. 1. Sobre el modo de deducirse los gastos hechos en la dote, véanse l. 5. §. 5. D. d. tit., Bart. allí, y Socin. en el cit. cons., vers. 6. *conclusio*. Si el predio dotal hubiese aumentado de valor por el mero cambio de los tiempos, deberá traerse á colacion, por todo su valor actual, deducidas las mejoras, Paul. de Castr. en la l. 20. C. *de collat.*, fundado en la misma ley : asi como deberá tambien conferirse por el valor que tenga y no mas, caso que hubiese disminuido de precio por igual causa, d. l. 20. y Socin. en el cit. cons., vers. 7. *conclusio*. Empero, si el predio recibió aumento de valor, á causa de plantaciones que en él se hicieron, y por una cantidad mayor que la que se gastó para este objeto, ese aumento no queda sujeto á colacion, porque se reputa adventicio, Paul. y DD. lug. cit. y Socin. en d. cons., vers. 8. *conclusio*.

Qué dirémos si la dote ha desaparecido sin culpa de la hija, ya por insolvencia del marido, ya por aluvion ó cualquiera calamidad? Bald. Nov. tratado *de dote*, chart. 9., col. 2. dice, que entonces no se imputará á la legítima; porque en tal caso el padre estaria obligado á dotar nuevamente á la hija, si se hallare en disposicion de hacerlo, auth. *sed quamvis*, C. *de rei uxor. act.* Si el abuelo paterno dotó á la nieta, viviendo su hijo, padre de la misma, esta imputará semejante adote á la legítima que le corresponde en los bienes de su padre? Discuten latamente esta cuestion Ang. y Alex. en la l. 91. D. *ad leg. falcid.* : parece que debemos distinguir en este punto, atendiendo á si el abuelo dió el adote por consideracion á la nieta, ó por contemplacion al padre de ella : en el primer caso no procederia la colacion, pero sí en el segundo, cual si la nieta hubiese sido dotada por su mismo padre, asi como en el supuesto de dudarse de la intencion del abuelo, l. 10. §. 6. D. *de vulg*. Empero, esto no será aplicable á nosotros, atendido que por las leyes de nuestro reino el hijo sale de la patria potestad, mediante el matrimonio : en efecto, el gravámen de dotar á la nieta, que por derecho antiguo pesaba sobre el abuelo, por tener al hijo bajo su poder, l. 6. D. *de collat. bon.* y allí Bart. y l. 8. tit. 11. Part. 4., este gravámen, digo, ha desaparecido y de consiguiente no podrá llamarse profecticia respecto del padre la dote que la nieta recibe del abuelo, y de consiguiente no se le imputará en la sucesion de aquel, arg. de lo anotado por la Glos. en la l. 6. §. 5. D. *de acquir hæred.* vers. *faciet hæredem*, Bart. en la l. 91. pr. D. *de leg.* 1. y v. Alex. en d. l. col. 14. y 15. y en el cons. 31. vol. 4.

Si la hija premuriese al padre dejando hijós, estos deberán imputar la dote de su madre á la legítima que les corresponde sobre los bienes de su abuelo? Asi opina Bart. en d. l. 91., D. *ad leg. falcid.*, col. penult., fundado en las ll. 19. C. *de collat.* y 29. C. *de inoff. testam.* y en otros argumentos que allí pueden verse; de los que se colige que librándose hoy dia de la patria potestad la hija por medio del matrimonio, y de consiguiente, saliendo la dote del patrimonio del padre, se colige, digo, que los hijos de la misma hija sucederán á la dote, sin traerla á colacion, cuando sean llamados á la herencia del abuelo, y en estos términos lo decide Paul. de Castr. en un caso en que se trataba de una ley parecida, y síguele Dec. en la l. 19. C. *de collat.* Sin embargo, parece que la colacion tendrá lugar en el indicado supuesto, atendida la l. 29. de Tor., vers. *ellos e sus herederos*. Véase sobre está materia Alex. cons. 23., vol. 4. Por lo que mira á si el derecho de conferir se transmitirá á los herederos, véasé la l. 6. D. *de collat. bon.* y allí Bart.

Supóngase que el padre, habiendo dado una dote crecida á la hija, la instituyó en una pequeña parte, nombrando herederos de todo lo restante á los demas hijos : ¿deberá en este caso la hija traer á colacion la dote, si quiere percibir dicha parte? Suscita esta cuestion Raf. Fulgos. en la l. 9. C. *de collat.* col. penult. y concluye que si pudiese presumirse que el haberla instituido el padre en tan pequeña parte fue por consideracion á lo crecido de la dote, no tendrá lugar la colacion, arg. l. 29. §. 1. D. *fam. ercisc.*; empero, si no constare la intencion del testador en este punto, la colacion es indispensable, á no ser que la hija quiera renunciar á la herencia, ll. penult. y ult. D. *de collat. dot.*, y hace al propósito la l. 2. §. 5. D. *de collat.*, donde se lee; *neque indignari eos, si plus conferant et minus accipiant, quia in potestate eorum fuerit bonorum possessionem amittere* : añad. la cit. l. 29. de Tor., vers. *pero si se quisieren apartar de la herencia*.

Sin embargo, si la hija fuese mejorada en el tercio y quinto y aceptare la mejora, renunciando á la herencia, parece que no deberá traer á colacion la dote, como resulta de lo anotado por Jas. en la l. 9. C. *de collat. bon.*, col. 12., á no ser que la mejora junto con la dote perjudicara á la legítima de los demas hijos; pues en este caso se rescindiria di-

ladamente, quando gela daua, o en su testamento, que non queria (25) que gela contassen en su parte. E esto ha logar, quando los hermanos tan solamente heredan los bienes de su padre, o de su madre (26). Mas si otro estraño fuesse establescido con ellos por heredero, estonce las ganancias sobredichas, o las donaciones, o dotes que fuessen dadas a los hermanos, non las deuen meter en particion con los estraños (27), nin las deuen contar en su parte con ellos.

LEY 4. *Como las donaciones que el padre faze en su vida a algund su fijo, si deuen ser contadas en su parte, o non.*

En su vida faziendo donacion el padre a su fijo que estuuiesse en su poder (28), si despues non la reuocare (29) fasta su muerte, este fijo aura la donacion que desta guisa le

cha mejora, en cuanto fuese inoficiosa, segun lo anotado en la l. 1. C. *de inof. donat.* y en d. l. 29. : en efecto el que renuncia á la herencia de nada responde, ni puede pedírsele cosa alguna mientras queden salvas las legítimas, v. Bald. en la l. 9. C. *de collat.*, al fin y l. 12 C. *de legat.* [Hoy dia la hija no puede ser mejorada por causa de dote; véase el apéndice al tit. 8. de esta Part. n. 11. y la nota *m.*]

Deberá traer á colacion el hijo lo que adquiera á título de mayorazgo? Bald. decide negativamente en la auth. *ex testamento* C. *de collat.* col. ult., vers. 18. *cap.*; lo que procede sin dificultad, si el mayorazgo es antiguo; ahora, si fuere creado por la misma persona de cuya sucesion se trata, parece que deberá traerse á colacion; véase lo anotado por Bart. y Alex. en la l. 55. pr. D. *ad Trebell.* : la Chancilleria de Granada ha decidido que debian imputarse á legítima, de consiguiente deben traerse á colacion, segun la regla establecida en la l. 20. C. *de collat.* : asi pues, se conferirá el precio de las cosas de semejante mayorazgo, arg. l. 30. §. 2. C. *de inoff. testam.* donde asi se dispone acerca del dinero empleado por el padre en la adquisicion de algun empleo para el hijo. Qué dirémos del feudo comprado por el padre? V. Anton. en el cap. 1. §. *præterea ducatus*, *de prohib. feud. alien. per Freder.* y Martin. Laudent. en el tratado de los mayorazgos.

(25) Concuerda con la auth. *ex testamento*, C. *de collat.* : entiéndase esto del supuesto que la donacion no escediere del tercio, quinto y legítima; pues que si hubiere esceso, deberá traerlo á colacion, auth. *unde si parens*, C. *de inoff. testam.*, Bald. en la l. 9. al fin C. *de collat.*, l. 29. de Tor. y l. sig. de este tit. al fin. —* Si es dote, se imputará no obstante á la legítima en lo que quepa, y en cuanto esceda, se reputará inoficiosa, l. 6. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec. Si fuere donacion *propter nuptias*, seguirá la suerte de las donaciones simples, pues que la prevencion hecha por el padre, indica que quiso mejorar al hijo.

(26) Adviértase que la colacion solo tiene lugar entre los descendientes que suceden á los ascendientes : no cabe entre los ascendientes y trasversales, y mucho menos, cuando suceden personas estrañas, Bart., Paul., Alex. y DD., en la l. 9. C. *de collat.* y allí latamente Jas. col. 5. y sig.

(27) Añad. l. ult. vers. *si autem*, C. *comm. utr. jud.*

(28) [Véase el apéndice al tit. 8. de esta Part. ns. 17. y sigs.] Indica pues esta ley que la donacion simple hecha al hijo emancipado debe traerse á colacion, l. 17. C. *de collat.*, auth. *ex testamento*, d. tit., Bart. en la l. 1. §. 15. D. d. tit., col. penult. y Alex. en d. l. 17., donde dice ser esta la opinion general : en efecto, parece que debemos adoptarla, por mas que Dec. en la l. 19. C. d. tit., fundado en el mismo testo sostenga la opinion opuesta. Procederá lo dicho ya suceda el emancipado con hermanos que quedaron bajo el poder de su padre, hasta la muerte del mismo, ya suceda con otros emancipados, pues que tambien estos confieren entre sí la donacion simple, como asienta Bart. en la l. 9. C. d. tit., 2. cuest. princip., y allí Alex. col. penult. dice ser esta la opinion mas general : empero Dec. cons. 59. col. penult. esceptúa el caso en que de la colacion resultase grande desigualdad entre los emancipados, entonces, dice no tendria ella lugar, segun se infiere de lo que alegan todos los DD. y de la razon que da Bart. Si la donacion simple se hiciere por la madre, la colacion no tendrá lugar en virtud de d. l. 20. : la razon de diferencia entre el padre y la madre respecto de la donacion hecha al hijo emancipado, la espresa Bart. en d. l. 1. §. 15. col. penult. Sin embargo la donacion hecha por el padre al hijo emancipado, no se le imputará á la legítima, á no ser que aquel asi lo hubiese dispuesto, l. 35. §. 2. C. *de inoff. testam.* y Bart. en d. l. 1. §. 15. col. penult. Sea de esto lo que fuere, segun la l. 26. de Toro el hijo sea ó no emancipado, se entiende mejorado por la donacion simple.

(29) De estas palabras se infiere que la ley habla de la donacion simple que no se confirma hasta la muerte : síguese pues que cuando

fuere fecha, libre, e quita: e non gela pueden contar en su parte (30) los otros hermanos en la particion, fueras ende, si el padre ouiesse dado en casamiento a los otros hermanos alguna cosa, segund dize en la ley ante desta. Ca, si este fijo atal quisiesse contar a los otros hermanos en sus partes, las donaciones que el padre les fiziera en razon de casamiento; estonce dezimos, que sea otrosi contada en su parte la donacion que el padre fizo a el en su vida. E esto es, porque se guarde egualdad (31) entre ellos. Pero si el padre fiziesse tan grand donacion al vno de sus fijos, que los otros sus hermanos non pudiessen auer la su parte legitima, en lo al que fincasse, dezimos, que estonce deuen menguar tanto (32) de la donacion, fasta que puedan ser entregados los hermanos de la su parte legitima que deuen auer.

LEY 5. *De quales ganancias non es tenudo el vn hermano de dar parte al otro.*

Non es tenudo el hermano, de aduzir a particion con sus hermanos las ganancias, que fiziere por si, que son llamadas castrense, vel quasi (33) castrense peculium, nin las que son llamadas Aduenticias (34), segun dize en el

la donacion fuese estable desde el momento, (como sucede en algunos casos especiales, segun la l. 2. C. *de inoff. don.* y otras ll.) deberia necesariamente traerse á colacion; y asi opinan Alex. en d. auth. *ex testamento*, col. 2. vers. *ex quo infertur* y Socin. cons. 91., col. 4. y 5. vol. 1.: lo contrario trata de probar Dec. en la cit. l. 20. C. *de collat.* La donacion remuneratoria, se considera como adquisicion adventicia, en cuanto á la colacion, de consiguiente no deberá conferirse, Bald. en d. auth. *ex testamento*, col. 2. y allí tambien Alex. —* Ya fuese revocable, ya irrevocable en su principio la donacion simple, la deberá traer el hijo á colacion, imputándose primero al tercio y quinto, y en lo que sobrare á la legítima, l. 26. de Toro. En cuanto á los casos en que la donacion de esta clase sea revocable, parece que la cuestion queda resuelta por la cit. ley junto con la 17. del mismo Ordenamiento: en efecto, de una parte la primera dispone que al hacer el padre una donacion simple se entiende que lo mejora, aunque no lo esprese; y de otra parte la l. 17. nos dice en qué casos no puede el padre revocar la mejora, dando por regla general la revocabilidad.

(30) Lo contrario parece establecerse en la l. 3. tit. 4. Part. 5.; véase lo que allí dije. Adviértase que con estas palabras parece desecharse el parecer de Az. el cual opinaba que la donacion hecha por el padre al hijo que tuviese bajo su poder debia imputarse á la legítima siempre que dicha donacion se hubiese confirmado con la muerte del padre, arg. l. 24. C. *fam. ercisc.*, segun la lee el mismo Az.; asi opina tambien Bart. en la l. 91. D. *ad leg. falc.*, col. penult., arg. l. 3. §. 18. D. *de bon libert.*, y con él la generalidad de los DD., segun dicen Alex. y Jas. en la l. 20. C. *de collat.* Parece aprobarse aqui la opinion de Ang. en d. l. 20., que fue tambien la de Butric. en la l. 19. C. d. tit., de Paul. de Castr. en d. l. 91. col. 2. y de Dec. en la cit. l. 20. col. penult.: las leyes dicen simplemente que la donacion entre vivos no se imputa á la legítima, á no ser que el donante asi lo esprese, l. 35. §. 2. C. *de inoff. testam.* y l. 25. pr. D. d. tit. Téngase pues presente esta ley de Part. y véase lo que dije en la cit. l. 3. —* Véase la adic. á la glos. 18 del cit. tit. 4. Part. 5.

(31) Hase tomado esto de la cit. l. 20. §. 1. C. *de collat.* Aparece la desigualdad cuando á un hijo se le hizo donacion simple y al otro con causa; inicuo, pues seria entonces que al segundo se le precisara á verificar la colacion. Ahora, si uno de los hijos obtuvo una donacion simple y al otro nada se le dió por el padre, no resulta desigualdad de no verificarse la colacion. De la misma suerte, si uno de los hijos recibió una donacion simple y otra con causa, y el otro obtuvo tan solo una con causa, los dos conferirán, cada uno la donacion con causa, y no entrará en cuenta la simple, sin que por esto resulte desigualdad: asi discurre Ang. en d. l. 20., suscitando al fin la siguiente cuestion, á saber, si el donatario simple podrá ser precisado á la colacion, si él no la exigiere de parte del donatario con causa; y concluye afirmativamente, fundado en la cit. l.: lo que debe entenderse en el supuesto que quiera suceder, pues que renunciando á la herencia, la colacion no tiene lugar, segun Paul. de Castr. y Dec. en d. l., y á tenor de la l. 29. de Tor. Por lo que mira á si hay algun otro caso en que la donacion simple se traiga á colacion, véanse Bart., Paul. de Castr. y Jas. en la l. 3. C. *de collat.*

(32) Añad. auth. *unde si parens* C. *de inoff. testam.* y véase lo que dije en la glos. 25.

(33) Añad. l. 1. §. 5. D. *de collat. bon.* l. 12. C. d. tit. y l. 52. §. 8. D. *pro socio*: asi pues los hijos clérigos no traerán á colacion el peculio que adquirieron en el estado clerical, l. 8. C. *de episcop. et cleric.* y alli Bald.

(34) Concuerda con la l. ult. C. *de collat.* ya se entiende, como advierte Jas. en d. l.,

titulo (35) que fabla del poder que han los padres sobre los fijos. Ca, las ganancias que fizieren en alguna destas maneras sobredichas, quier sean en poder de su padre, o non (36), suyas se deuen ser, libres, e quitas de aquel que las fiziere, e los hermanos non han derecho ninguno en ellas. E otrosi dezimos, que los libros (37), e las despensas (38) que el padre diesse a alguno de sus fijos, para aprender alguna sciencia en Escuelas, non gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion. Esso mismo dezimos, que las des-

que esto debe limitarse al caso que se trate de la sucesion paterna.

(35) En el tit. 17. de la Part. 4. ll. 5. 6. y 7.

(36) Tenemos aqui espresamente declarado que los bienes adventicios no se traen á colacion, ni aun por el emancipado: cesa pues la cuestion indicada por Dec. en d. l. ult.: Jas. decia allí que podia sostenerse la opinion de Jac. de Raven., en la l. 9. C. *de collat.*, á saber, que la cit. l. ult. no comprendia los hijos emancipados. Apruébase aqui la opinion contraria, opinion que era la general. Añad. Az. sum. C. *de collat.*, al fin, donde asienta que en punto á la colacion, se quitó la diferencia entre los suyos herederos y los emancipados; y véanse Bart. y DD. en d. l. 9. Esceptúese el caso de la donacion simple, como dije en la glos. 28.

(37) Añad. l. 32. D. *fam. ercisc.*, l. 9. tit. 4. Part. 5., Glos. y allí Bart. y Bald. en la l. 18. C. *fam. ercisc.* y el mismo Bart. en la l. 1. §. 15. D. *de collat. bon.*, cuya distincion, en cuanto á los libros de que se trata, es la mas general, como atestigua Alex. en la l. 13. C. *de collat.* De la palabra *diesse*, que emplea aqui nuestra ley se infiere que si los libros, aunque comprados por el padre no los hubiese entregado aun al hijo, no se considerará hecha la donacion, ni los tendrá el hijo como prelegado: asi opinaba Bart. en d. §. 15. No importa que el mismo padre no haya comprado los libros; si dió al hijo el dinero con este objeto: la donacion se presumirá tambien entonces, y de consiguiente no se conferirá el valor de tales libros, Cumm., cons. 40., Corn. cons. 225. col. 2. vol. 1. y Dec. en d. l. 13. C. *de collat.* al fin; si bien Anton. de But. cons. 39. quiere lo contrario. Llamo la atencion del lector, sobre las palabras, *para aprender*, que emplea aqui nuestra ley, de acuerdo con la cit. l. 3., la que se vale de la cláusula *en que aprendiesse*: de aqui se infiere que tan solo quedarán exentos de colacion los libros enteramente indispensables para seguir los estudios; asi pues, si á mas de ellos, el padre le hizo regalo de otros, deberán necesariamente conferirse. Respecto de los primeros, la donacion vale y es irrevocable desde el momento en que se verifica, aunque el hijo esté bajo el poder de su padre, segun se colige de la cit. l. 3. al fin; por mas que en este punto opinen de otra suerte Bart. y Paul. de Castr. en la l. 18. C. *fam. ercisc.* y Bald. en la l. 13. C. *de collat.*: aprueban nuestras leyes la opinion de Odofr. y otros DD. En cuanto á los demas libros, esto es, á los que no son absolutamente indispensables para seguir los estudios, aunque sean tal vez necesarios ó útiles para el ejercicio de la abogacía ó magistratura, la donacion hecha por el padre será revocable hasta su muerte; á no ser que dicha donacion se hubiese verificado, siendo ya Doctor el hijo, porque entonces tenia el carácter de peculio cuasi-castrense; y lo mismo tendríamos, si el hijo llegase al doctorado antes de la muerte de su padre, Bart. y Paul. lug. arriba cit., y Dec. en d. l. 13. col. ult.: este D. de acuerdo con otros esceptúa el caso en que debiese resultar grande desigualdad entre los hijos; lo que el juez decidirá, segun su prudencial arbitrio: hace al propósito lo anotado por Ang. en la l. 12. al fin C. *de collat.*, donde dice que si los libros fuesen muchos y de gran valor, al paso que corto el patrimonio paterno, no es presumible que el padre tuviese intencion de donar, despojando á los demas hijos, para los cuales los bienes de fortuna son mas indispensables, que para los que tienen una carrera literaria. Adviértase que en los casos en que deban traerse á colacion los libros, no será indispensable que esta se efectúe en especie, sino que basta conferir la estimacion, Bald. en la l. 5. C. *ad Maced.*, Glos. en la l. 125. D. *de verb. signif.*, Dec. en d. l. 13. y Paul. en la cit. l. 18.

(38) Añad. d. l. 3. tit. 4. Part. 5. y Bart. en la l. 1. §. 15. D. *de collat. bon.*, col. 4. vers. *quæro hic loquitur*, donde dice que si el padre tuviese en su poder caudales del hijo, pertenecientes al peculio castrense ó cuasi-castrense ó adventicio, se presumirá en caso de duda que quiso gastar de dichos caudales, arg. l. 34. D. *de neg. gest.*; y añade Bart., que siendo el padre legítimo administrador de los bienes adventicios, debe presumirse en caso de duda que obró en dicha calidad; y esta razon que da Bart. es indistintamente aplicable, aun cuando el peculio adventicio no contuviera cantidad alguna de dinero; y viene en apoyo de esto lo anotado por el mismo Bart. en la l. 16. D. *de pecul. leg.*: dice tambien el cit. D. que no obsta la l. ult. C. *de dot. promiss.*, por que va mucha diferencia de la

pensas que el padre fiziere, faziendo armar Cauallero (39) a alguno de sus fijos, dandole armas, e cauallo, e las otras cosas (40) que fueren menester por razon de Caualleria, que non le deuen ser contadas en su parte. E esto es, porque los Caualleros quando toman armas, e los otros que aprenden las sciencias (41), non fazen esto tan solamente por pro de si mesmos, mas aun por pro comunal de la gente, e de la tierra en que biuen.

LEY 6. *Como la dote, o el arra, que rescibe el padre por su fijo, o por su fija, non deue venir a particion entre los otros hermanos.*

Dote, o arra seyendo dada de otri al padre (42) por razon de casamiento de su fijo, o de su fija (43), aquello que le fuesse dado en esta manera, en salvo finca al fijo, o a la fija, por quien fue dada, e non le pueden demandar parte della los otros hermanos, nin la deuen auer. E esto es, por el cargo que le finca de mantener el casamiento con aquella dote. E por tales bienes non es tenudo de partir el vn hermano con los otros. Mas si el padre diesse dote con su fija, o por su fijo, o fiziesse donacion, o arras a su muger, estonce deue ser guardado lo que diximos de suso en la ley que comiença, Todas las cosas. Otrosi dezimos, que si el fijo ficiere algunas debdas en vida del padre por su mandado (44), o que se tornaron en pro del, que tales debdas como essas deuen ser pagadas comunalmente de los bienes de la heredad del padre. E aun dezimos, que si alguno de los herederos rescibiesse (45) los frutos de la heredad, que tenudo es de los aduzir a particion entre los otros herederos. E si algunas despensas (46) fizo a pro de la heredad, o en coger los frutos, deue ser entregado dellos; e lo al que finca deuen partir entre si, como dicho auemos.

LEY 7. *Quales de los herederos deuen tener los preuillejos, e las cartas de la herencia, quando el testador non lo ouiesse mandado.*

dote y donacion *propter nuptias*, á los gastos de que se trata, pues que á lo primero puede ser precisado el padre, l. 19. D. *de rit. nupt.* y no á sostener á su hijo en el seguimiento de una carrera literaria; así es que en caso de duda es presumible que quiso gastar de los bienes del mismo hijo: por fin alega la l. ult. D. *de petit. hæred.* que dice ser terminante en la materia. Empero adviértase que no es absolutamente cierto que los estudios del hijo no sean obligacion precisa del padre: en efecto debe este soportar los gastos para aquellos estudios que se consideran necesarios atendiendo á la costumbre del lugar y á la condicion de las personas, tales son los que constituyen la instruccion primaria; así lo declara el mismo Bart. en la l. 6. §. 5. D. *de Carbon. edict.*, v. Luc. de Penn. en la l. 1. C. *qui ætate.* Adviértase tambien que si el hijo malgastare lo que se le entregó para sus estudios, se le imputará á la legítima, Bald. en la auth. *quod locum*, C. *de collat.*, col. 1. vers. *ultimò nota*, Juan de Plat. en la l. 7. C. *de decur.* y Ang. en la l. 12. C. *de collat.*, tratando de aquel que vuelve miserable é ignorante á su patria; tambien Bald en la l. 4. C. *fam. ercisc.* dice que si el hijo no estudia, los libros no pueden considerarse como sus armas, y de consiguiente no tendrán otro carácter que el de simple peculio. Qué dirémos de las deudas contraidas por el hijo durante sus estudios? deberán pagarlas sus hermanos? V. Bald. en d. §. *imputari* y en la l. 18. C. *fam. ercisc.*, col. 4. donde de acuerdo con Bart. concluye, que si la deuda es contraida por causa de los estudios y es al mismo tiempo lícita y honesta, vendrá á cargo de la herencia: véase tambien en dicho lugar, si muerto el padre el hijo podrá concluir sus estudios á costa de la misma herencia paterna, véanse ademas Bart. en d. l. 1. §. 15, col ult. y en la l. 21. §. 3. D. *ad municip.*, Juan de Plat. en la l. un. C. *de peric. succes. par.* y Alber. en la l. 20. §. 7. D. *fam. ercisc.*

(39) Añad. l. 1. §. 15. D. *de collat. bon.* y l. 4. C. *fam. ercisc.*

(40) V. d. l. 4. y tot. tit. D. *de castr. pecul.*

(41) Nótese aqui que el estudiante es equiparado al militar, lo que viene en apoyo del parecer de Odofr. citado en la glos. 38. Interesa al estado que se aumente el número de los hombres estudiosos, v. Instit. proem. al fin, ll. 3. y 4. C. *de advoc. div. jud.* y l. 1. C. *de stud. liber. urb. Rom.*

(42) Aunque tuviere bajo su poder al hijo.

(43) Concuerda con las leyes 46., 51. y 20. §. 2. D. *fam. ercisc.*: añad. Specul., tit. *de jud.*, §. *sequitur*, vers. *quid si communione manente*, l. 2. C *fam. ercisc.* y Bald. nov. trafado *de dote*, fol. 35., col. 4., priv. 30. y 31.

(44) Concuerda con la l. 20. §. 1. D. *fam. ercisc.* y con Az. sum. C. d. tit., col. 4. vers. *itèm debita.*

(45) Ya los perciba antes, ya despues de la adicion de la herencia, ll. 19. y 44. §. 3. D. *fam. ercisc.* y l. 9. C. d. tit.

(46) Concuerda con la l. 18. §. 3. y con la

Preuillejos, o cartas seyendo falladas en los bienes del finado, si los herederos fueren muchos, aquel las deue tomar en fieldad, que mayor parte (47) ouiere en la herencia. E otrosi deue dar traslado dellas a los otros herederos, e mostrarles el original dellas, quando menester les fuere. E si los herederos fueren eguales en las partes de la herencia, aquel las deue tomar en fieldad, que fuere mas honrrado (48), e mas anciano (49), e de mejor fama. Pero si muger fuere entre ellos, maguer sea mas honrrada, o de mas alto lugar que los varones, por esso non las deue ella tomar, mas alguno de los varones. E si fueren eguales en las partes de la heredad, e en honrra, e en las otras cosas, estonce deuen echar suertes, qual dellos las terna; e aquel a quien cayere la suerte, las tenga, e de traslado dellas a los otros, segund que es sobredicho. E si acaesciere, que se non acuerden en fazer esto, estonce dezimos, que las deuen meter en fieldad en Sacristania de alguna Eglesia, que las guarden fasta que sean auenidos.

LEY 8. *Como, aquel que tiene los preuillejos, e las cartas de la herencia por mandado del testador, los deue mostrar a los otros cada que les fuer menester.*

Mandando el fazedor del testamento señala-

l. 25. §. 15. D. *fam. erc sc.*

(47) Concuerda con la l. 5. D. *fam. ercisc.* y con Az. sum. C. d. tit., col. 3., vers. *itèm veniunt tabulæ vel cautiones.* No obstante, si los instrumentos y demas papeles se hubiesen prelegado por el testador á uno de los herederos, á este se entregarán; pero antes deberá permitir que los demas tomen, si gustan, copia de los mismos, y dar caucion de exhibírselos, siempre que les convenga, l. 8. D. d. tit. y l. sig. de este tit. de Part.

(48) Nótese aqui la preferencia que se concede al mas digno: sobre este particular dice Bald. en la l. 7. C. *de ed.*, que no cabe semejante preferencia, si la dignidad sobreviene despues de haber recaido decision: y alega allí varias leyes que apoyan su parecer: sin embargo, si el mas digno se degradare mas tarde en virtud de algun delito, deberán sacarse de su poder los instrumentos, entregándolos al que fuere acreedor á este depósito; porque, permaneciendo ellos en manos de una persona vil, podrian perder algo de su fuerza. Qué dirémos si falleciere la persona mas digna é idónea, á quien se hubiese encargado la custodia de semejantes instrumentos? Sucederá en ese depósito su heredero, ó bien se entregarán al mas digno de los coherederos que restan? Suscita esta cuestion Flor. en la l. 5. D. *fam. ercisc.* y nos deja en la duda: quizá por lo que dice Bald. podria concluirse que el heredero del heredero sucederá en el depósito, á no ser que aquel se hubiese envilecido á causa de algun delito. Adviértase que el dueño directo se considera mas digno que el enfitéuta, Bald. en la l. 2. C. *de jur. enphit.* col. 1., 2. lect.

El mas digno es el que vota en primer lugar, segun se espresa en el Eclesiast.: *loquere major natu, decet enim te primum verbum*; y asi opina Bald. en el cap. 1., *de controv. feud. apud par. term.*; véase Mat. de Aflict. en las decisiones napolit., decis. 1., donde hace mérito del dicho de Bald., que el anciano debe votar primero; y añad. Spec., tit. *de advoc.*, §. *jam nunc videndum*, vers. *juniores tamen*, y tit. *de disput. et alleg. advoc.* §. *post hac*, al fin.

Qué dirémos de los instrumentos, relativos á la cosa legada? ¿Se entregarán al legatario, ó bien quedarán en poder del heredero? V. l. 24. C. *de fideicom.* y Bald. en la l. 15. C. *ad leg. falc.*, donde apoyado en la cit. l. 24. dice que el heredero retendrá los originales, á no ser que se hubiese legado la cosa por entero, porque entonces dichos originales vendrian comprendidos accesoriamente en el legado; alega en su apoyo el Specul. tit. *de Instrum. edit.*, §. *nunc aliqua*, vers. *sed quæritur.*

(49) Concuerda con la l. ult. D. *de fid. instrum.*, de la cual esta de Part. se ha tomado. De estas palabras, *mas honrrado e mas anciano*, se deduce que á la mayor edad se le concede preferencia en igualdad de circunstancias tan solo: ahora pues, si fuese averiguado que uno de los coherederos aventajaba á los demas en probidad, deberia elegírsele aunque no fuere el mas anciano, nov. 5. cap. ult. y l. 5. C. *de offic. rect. prov.* Ademas, puede alguna vez elegirse al mas jóven, aunque no haya diferencia acerca de la probidad y virtudes, si se le considerare el mas apto, atendida la naturaleza del negocio, l. 37. D. *de ædil. edict.*, l. 21. §. ult. D. *de testib.* y Flor. en d. l. ult. Adviértase sobre la prerogativa de la edad, que al mas anciano corresponde la convocacion del cabildo, si faltare la persona especialmente autorizada al efecto, Inoc. en el cap. 1. *de major. et obed.* y v. Archid. en el cap. *domino sancto*, dist. 50. Ademas, dice Bald. en el §. *præterea ducatus, de prohib. feud. alien. per Freder.*, que si el dueño del feudo fallece dejando varios hijos, ellos elegirán al que debe recibir el juramento de fidelidad; y que si no lo ve-

damente a alguno de los herederos (50), que el tenga en su poder, e en guarda, los preuillejos, e las cartas de las cosas de su herencia; dezimos, que en ante que sea entregado de tal manda, deue dar traslado a los otros, que son herederos escritos en el testamento con el. E otrosi les ha de dar recabdo, que cada que menester ouieren el original de aquel preuillejo, o de aquella carta, para mostrarlo en juyzio, o fuera de pleyto, que lo muestre. E aun dezimos, que si fiziesse manda el testador a alguno de los herederos apartadamente, de algund sieruo que ouiesse seydo su mayordomo (51), e que ouiesse tenido en su poder los escritos de las rentas, e de las despensas de los bienes del finado, non deue ser entregado del sieruo aquel a quien es mandado, fasta que de cuenta (52) a los otros herederos, de todas las cosas que touo en su poder.

LEY 9. *Quando la particion es fecha delante del Juez, o por su mandado, como deuen dar recabdo los unos a los otros, de fazer sanas las cosas que cupieren en parte a cada uno.*

Por fazer particion de los bienes que han en vno los herederos viniendo delante del Judgador, deueles de su oficio mandar, despues que la particion es fecha, que den recabdo (53) los vnos a los otros, que si alguno otro estraño demandasse despues alguna cosa de las que cayessen en parte a alguno dellos, mostrando que ha derecho de la auer, toda, o parte della, que si le venciere por juyzio, los otros herederos sean tenudos de facerle emienda de aquello que assi perdia. Pero si el padre, o el testador, partiesse el mismo (54) la heredad en su vida entre los herederos (*b*) a su finamiento, si despues que el finasse, venciessen alguno dellos en juyzio alguna de las cosas que le vinieron en su parte, estonce los otros herederos non serian tenudos de fazerle emienda ninguna.

LEY 10. *Que poderio ha el Juez, ante quien vienen a pleyto los herederos en razon de la particion.*

Poderio ha el Juez ante quien pidieren la particion los herederos, de la mandar fazer en la manera que el entendiere que sera mas guisada (55), e mas a pro dellos. E porende, quan-

(*b*) ó en su finamiento, Acad.

rifican, el vasallo es árbitro segun algunos de prestarlo al que quiera de dichos hijos, y segun él, deberá prestarlo al de mayor edad, arg. d. l. ult. D. *de fid. instrum.* y lo anotado por Inoc., lug. arriba cit. En la colacion de los beneficios es preferido tambien el mas anciano, Barbas. cons. 23., vol. 1. y Roch. en el tratado *de jur. patron.*, fol. 8., col. 3., donde tambien cita cierto cons. de Bald. Si dos fuesen presentados á la vez para la administracion de un hospital; en igualdad de circunstancias de otra parte será preferido el que tenga mas edad, segun Roch. en d. tratado, fol. 19., col. 1., alegando el cit. cons. de Bald. que es el 167. del vol. 4. Tambien en punto á las llaves se da la preferencia al mas anciano, l. 67. §. 21. D. *de leg.* 2. Por fin, en la demarcacion de los límites se concede la preferencia á los monumentos mas antiguos, mientras no se pruebe lo contrario de lo que ellos indican, l. 11. D. *fin. regund.* y allí Flor.

(50) Concuerda con la l. 8. D. *fam. ercisc.*

(51) Añad. d. l. 8. pr.

(52) Infiere de aqui Flor. en d. l. 8. pr. que si el testador hizo manda de una esclava que se hallaba ocupada en cierta labor, no deberá entregarse al legatario hasta que la obra esté concluida: y añade que como la dacion de cuentas de que se trata, demora la entrega del legado, deberá tambien demorar la ejecucion personal; hacen al propósito la l. 82. D. *de cond. et demonstr.* y el cap. 1. *de oblig. et ratioc.*: añad. Bald. en la l. 1. C. *de serv. comm. manum.* y Juan de Plat. en la l. 1. C. *de reis postul.*

(53) Concuerda con la l. 25. §. 21. D. *fam. ercisc.*: aunque esta caucion no se hubiese prestado, existe tambien la obligacion al saneamiento, Az. en la sum. C. d. tit., col. ult., vers. *est autem judicis officium* y la Glos. en d. §. 21. y pruébalo la l. 14. C. d. tit., donde puede verse una glos. notable sobre la materia; véase tambien Dec. cons. 411.

(54) Hase tomado esto de la l. 77. §. 8. D. *de leg.* 2.: esceptúese el caso en que no quedare salva la legítima, l. 36. pr. C. *de inof. testam.* y Alber. en d. l. 25. §. 2. D. *fam. ercisc.*: sobre esta division hecha por el testador, véase Bart. en la l. 122. §. 6. D. *de verb. oblig.*, cuest. ult. Limítense esta l. y el cit. §. 8. á las cosas poseidas por el testador, Bart. en d. §. 8. contestando á la l. 10. al fin C. *de legat.* Ademas, esceptúese el caso en que constare ser la intencion del testador, que hubiera igualdad entre los herederos, Dec. cons. 349., dud. 2.

(55) Concuerda con la l. 22. §. 1. y con la l. 55. D. *fam. ercisc.* y con el §. 4. Instit. *de off. jud.*: asi pues, podrá el juez adjudicar

do el viesse que alguna casa, o viña (56) que deuia ser partida entre ellos, se menoscabaria mucho (57) por fazer muchas partes de ella, bien puede mandar que la aya toda el uno, o los dos (58). E puede fazer obligar, a aquel, o aquellos que la ouieren, que den por su parte a cada vno de los otros tantos marauedis, quanto el asmare (59) que podrian valer las sus partes, que auian en aquella casa, o en aquella viña, si partida fuesse. Esso mismo deue fazer en las cosas que son atales, que se non pueden partir segund natura guisadamente, assi como cauallo, o otra bestia; ca deuelo apreciar, quanto vale, e darlo al uno, e mandarle, que segund aquel apreciamiento, que de su parte a cada vno de los otros en dineros; e los herederos son tenudos de fazer lo que les el Juez mandare en esta razon. Otrosi dezimos, que leuantandose desacuerdo entre los herederos, o entre los otros con quien ouiessen sus heredades vezinas, sobre los mojones, o los terminos de algun campo, o de

al uno la propiedad y al otro el usufructo, l. 6. §. 10. D. *comm. div.*, lo que dice ser notable Az. en la sum. C. *fam. ercisc.*, col. ult., vers. *itèm quod notabile est*: esto debe entenderse si existiere justa causa, como espresa nuestra ley. Por aqui arguye la Glos. contra los coherederos de mala condicion que movidos por la envidia quieren dividir por sulcos las heredades: jamas debe la division verificarse de suerte que el patrimonio quede reducido á la nulidad, v. Glos. en la l. 2. C. *quand. et quib. quarta pars.* — * Los trámites que se observan para la division, cuando los coherederos no se avienen en verificarla estrajudicialmente, son los siguientes. 1º, Nombramiento de peritos partidores hecho por las partes, y cuando alguna de ellas se resiste á nombrar el suyo, el juez lo hace de oficio. 2º, Estos peritos repartidores proceden á la liquidacion (la tasacion de los bienes se supone hecha en el espediente de inventario) y en seguida á la particion y adjudicacion. 3º, El juez comunica á las partes el dictámen de los peritos, y si todas se conforman, aprueba la particion y adjudicacion; si alguna se opusiere, el juez la oye en justicia y en vista de lo alegado da su fallo: véanse los prácticos y en particular Febrero en el tit. *de la division de la herencia.*

(56) Con mayoría de razon, si se tratare de caballo, buey ú otra cosa parecida, segun Odofr. y Flor. en d. l. 55. y se espresa mas abajo en esta misma ley. Flor. lug. cit., dice lo mismo de la nave, censurando el proceder de Fabio Labeon que debiendo en virtud de un tratado recibir la mitad de las naves del rey Antíocho á quien habia vencido, hizo que se dividiera cada una por mitad, destruyendo de esta suerte la armada de su contrario, segun Valerio Máximo.

(57) Nótese esta palabra; hace al propósito la l. 13. al fin D. *de reb. cred.*, junto con lo anotado allí por la Glos. y DD. Dícese que no admite division aquella cosa, que dividiéndose, resultara deteriorada, segun se ve por esta ley y lo asienta Bald. en la l. 34. pr. C. *de donat.*

(58) Concuerda con las leyes citadas en la glos. 56., con las ll. 1. y 3. C. *comm. div.* y con el §. 20. Instit. *de action.* La adjudicacion se hará por el juez al que ofrezca mayor precio en el acto de la licitacion, d. ll. 1. y 3. La licitacion debe tener lugar, asi como la tasacion previa, l. 52. §. ult. D. *fam. ercisc.* y la Glos. en d. l. 1. C. *comm. div.* [Parece que deberán ser admitidas á licitar las personas estrañas, si un coheredero lo pidiere so pretesto de no hallarse en disposicion de licitar por su parte, l. 3. C. *comm. divid.*] Como queda dicho, habrá lugar á la licitacion, siempre que la cosa no admita division cómoda, dd. ll. 1. y 3.: sin embargo dice Bald. en la l. 34. pr. C., *de donat.* que si dos poseen en comun una hospedería, el juez deberá adjudicarla con preferencia al que tuviere la mayor parte en ella, porque algun efecto debe producir el mayor interes que se tiene en la cosa. Adviértase que Jas. en el §. 20. Instit. *de action.* col. 8. refiere de otra suerte la citada decision de Bald.; en la opinion de este D., dice, debe preferirse al que tiene mayor interes en la cosa, cuando el otro condueño no ofrece mayor precio; y si bien, añade, Bald. no lo dice espresamente, se deduce de lo anotado por él de acuerdo con la Glos. en la l. ult. C. *comm. de leg.* y de la cit. l. 34.: ciertamente Bald. no se espresa en los términos que refiere Jas., y sí dice, como llevo indicado, que el condueño que tiene la mayor parte en la cosa, licitará primero, y se le adjudicará, si el otro condueño no ofrece mayor precio; lo que, en efecto, viene á parar á lo mismo que dice Jas. Algunas veces son admitidas á licitar personas estrañas, l. 3. al fin C. *comm. div.* Pero qué dirémos, si alguna de estas personas por animosidad ofreciere mas de lo que la cosa vale? V. Bald. en d. l. 3., Jas. en d. §. 20. y Ang. é Imol. en la l. 122. §. 3. D. *de verb. oblig.*

(59) Esto tendrá lugar, cuando los coherederos ó consocios no pudiesen convenirse acerca de la licitacion; entonces, en efecto, la estimacion se hace por el juez, ó por peritos que él elige, Ang. en la l. 2. C. *comm. div.*

otra heredad (60) de la herencia, de manera, que se non puedan auenir a partirla; estonce, para toller tal desacuerdo, deue el Juez yr a aquel campo, o aquella heredad, e ver (61) que es aquello sobre que se desacuerdan. E si fallare y mojones antiguos (62), por que lo pueda determinar, deue y fazer aquello que entendiere que sera mas aguisado, por que cada vno aya su derecho: e si los mojones, o los terminos, fueren entremezclados, de guisa, quel mojon, o el termino de la heredad del vno entre en la del otro, si por aquella entrada puede nascer contienda entre ellos, estonce deue mandar mudar los mojones, e ponerlos de manera, que aquella contienda pueda ser tollida. E deue condenar a aquel a quien acresciere en la su heredad por razon del mudamiento de los mojones, que de al otro tantos marauedis, quantos entendiere que vale la tierra que le toma por endereçar los mojones (63): e los herederos, e los otros que vienen a la particion, deuen obedecer al Juez en estas cosas sobredichas; e a los que lo non fiziessen, puedeles poner pena de pecho segund su aluedrio, fasta que gelo faga fazer.

TITULO XVI.

DE COMO DEUEN SER GUARDADOS LOS HUERFANOS, E LOS BIENES QUE HEREDAN DESPUES DE MUERTE DE SUS PADRES.

Huerfanos fincan a las vegadas, aquellos que heredan los bienes de otri por parentesco, o por testamento; porque ha menester, que tambien ellos como sus cosas sean puestas en buen recabdo, de manera que por mengua de edad non pierdan, nin menoscaben de lo suyo. Onde, pues en los titulos ante deste diximos, en que manera puede ome ganar las herencias, e los bienes de otri, por testamento, o sin el, por razon de parentesco; queremos aqui dezir, de como deuen ser guardadas, cuando aquellos que los heredan, son de menor edad. E mostraremos, que cosa es esta guarda, a que dizen en latin Tutela. E a quien deue ser otorgada. E quantas maneras son della. E quien puede ser dado por guardador de los huerfanos. E por cuyo mandado. E quales non lo pueden ser. E en que manera deuen fazer esta guarda, tambien de las personas de los menores, como de sus bienes. E en que lugar deue ser criado el huerfano. E con quien. E fasta quanto tiempo deue durar la guarda, e el oficio dellos. E como, e quando deue dar cuenta de tales bienes como estos.

LEY I. *Que cosa es guarda, a que dizen en latin Tutela, e a quien deue ser dada.*

Tutela tanto quiére dezir en latin, como guar-

(60) Entiéndase de los predios rústicos; en los urbanos no cabe el juicio de demarcacion de límites, l. 4. §. 10. D. *fin. regund.*

(61) Concuerda con la l. 8. pr. y §. 1. D. *fin. regund.* Adviértase que la inspeccion ocular tiene cabida en varios casos que indica Alber. en d. §. 1.

(62) Concuerda con la l. 11. D. *fin. regund.* Debe pues atenderse á los mojones antiguos, á no ser que se probare que se habian cambiado de lugar, esta l., d. l. 11. y l. 2. C. d. tit. y en ella Bald.: allí, dice este D. que los mojones ó linderos aparentes hacen las veces de documentos, dándoseles tanto mayor crédito, cuanto mas antiguos son, y que si tales límites no aparecieren, se atenderá á lo que resulte de libros antiguos, ó de la deposicion de testigos, ó bien á la fama pública ayudada de algunos adminículos, cap. *cum causam*, *de probat.* y cap. *cum olim*, *de sensibus*. Tiene de especial esta materia, que es admisible en ella la prueba indirecta, esto es, por medio de argumentos, segun Juan Andr. en el cap. *si Papa*, *de privileg.*, lib. 6.; v. Flor. en d. l. 11. y Dec. cons. 109. Adviértase que si hubiese duda acerca de los límites intermedios, empero fuesen ciertos los estremos, se fijarán aquellos por medio de una cuerda que vaya de estremo á estremo, pues que por los estremos se coligen los medios, cap. *quia sunt culpæ*, dist. 28., la Glos. en d. cap. y en el cap. *in die*, *de consecr.* dist. 5. y el Spec. tit. *de probat.*, §. 1. col. ult., vers. *sed quæritur*; hace al propósito lo anotado por Bald. en su tratado *de alluvion.*, fig. 20. y Bald. de acuerdo con el primero en la l. 3. D. *de rer. div.*, col. 4., quienes dicen, que si por convenio de las partes se hubiesen colocado estacas en entrambas orillas del rio, para marcar hasta qué punto podia levantarse una presa, y hubiese desaparecido una de dichas estacas; entonces, desde la otra que resta se tirará una línea á nivel á la orilla opuesta: asi pues, en caso de duda un estremo sólo fija los demas puntos, arg. l. 1. D. *de reb. dub.*: en general los puntos medios se presumen pertenecer al que es dueño de los que siguen y de los que preceden. Andr. de Isern. en la rubr. *quæ sint regal.*, pr.

(63) Concuerda con las ll. 3., 4. y 2. §. 1. D. *fin. regund.* — * Sobre el que de su propia autoridad muda los mojones, véase la l.

da en romance, que es dada, e otorgada al huerfano libre (1) menor de catorze años (2), e la huerfana menor de doze años, que non se puede, nin sabe amparar. E tal guarda como esta otorga el derecho a los guardadores sobre las cabeças de los menores (3), maguer non quieran (4), o non lo demanden ellos. Pero si pleyto fuesse mouido de seruidumbre (5) contra algund moço desta edad, bien le puede el Juez dar un guardador, que le ampare la libertad, e lo suyo. Otrosi dezimos, que el guardador deue ser dado para guardar la persona del moço (6) e sus bienes, e non deue ser puesto por vna cosa (7), o un pleyto señalado tan solamente.

LEY 2. *Quantas maneras son de guarddadores de huerfanos.*

En tres maneras pueden ser establescidos los guardadores de los moços que fincan huerfanos. La primera es, quando el padre establesce guardador a su fijo en su testamento (8), a que llaman en latin Tutor testamentarius; que quiere tanto dezir, como Guardador que es dado en testamento de otri. La segunda, quando el padre non dexa guardador al fijo en su testamento, e ha parientes. Ca estonce, las leyes otorgan que sea guardador del huerfano, el que es mas cercano pariente (9). E este atal es dicho en latin, Tutor legitimus; que quier tanto dezir como guardador que es dado por ley, e por derecho. La tercera manera es, quando el padre non dexa guardador a su fijo, nin ha pariente cercano que lo guarde; o si lo ha, es embargado, de manera que

30. tit. 14. Part. 7.

(1) No podrá pues darse tutor al esclavo y en general al que esté bajo el poder de otro, Instit. pr. *de tut.* Podrá el lego ser tutor del clérigo? Bald. cons. 45. vol. 3. opina que podrá serlo en clase de legítimo, asi como al clérigo se le defiere la tutela legítima del lego, cap. *pervenit*, distin. 86. Contra esta decision de Bald. arguye Dec., cons. 150., col. penult. en estos términos: la tutela, dice, es fuerza y potestad en cabeza libre, l. 1. princ. D. *de tutel.*; es un poder, y al lego no cabe ejercerlo sobre el clérigo, arg. cap. *bene quidam*, distin. 96., y atendido que como cosa espiritual que parece ser el clérigo, no puede estar sujeto al poder de un lego, segun Abb. en el cap. *ad si clerici, de jud.*, col. 8. Sin embargo inclínase Dec. á que el lego podrá ser nombrado tutor del clérigo, mientras el nombramiento se verifique por el juez eclesiástico, y en estos términos cree que deberá tomarse la decision de Bald. Quizás en la práctica se tendria por válido el nombramiento, aunque hecho por el juez lego, si el clérigo no fuese beneficiado: véase á Bart. en la l. 1. D. *de tut. et curat. dat. ab his*, el cual opina que al juez eclesiástico toca el nombramiento de tutor para el pupilo clérigo: véase tambien Alber. en la auth. *præsbiteros*, 2., C. *de episc. et cléric.*, el cual, siguiendo á Cyn. dice ser lo mas seguro que entrambos jueces intervengan en la dacion de tutor: v. Ang. Aret. en el §. 4. Instit. *de Attil. tut.*, vers. *quid autem* y vers. *sed adverte*.

(2) Añad. Instit. princ. *quib. mod. tut. fin.*: puede darse tutor asi al póstumo como al nacido, v. ll. 3. y 19. §. ult. D. *de testam. tut.*: si se diere tutor al púber, el acto es nulo de derecho, l. 26. D. *de tut. et curat. dat. ab his.*

(3) Concuerda con la l. 1. pr. D. *de tut.* y con el pr. Instit. d. tit.

(4) Concuerda con la l. 6. D. *de tut. et curat. dat. ab his.* y con la l. 2. D. *de tut.*

(5) Concuerda con la l. 17. D. *de tut. et curat. dat. ab his.* y con la l. 1. C. *qui tut. dar. poss.*

(6) El tutor, pues, no solo se da para la administracion de los bienes del pupilo, sí que tambien para que cuide de la educacion y demas concerniente á la utilidad del mismo, Bald. en la auth. *eisdem C. de sec. nupt.*, col. ult. No es empero necesario que viva junto con el pupilo, l. 2. D. *de tut.* y allí Bart. A los tutores y curadores se les apellida dueños de la persona y cosas de los menores, nov. 72. y allí Bart.: empero no son considerados como tales dueños, cuando quisieren despojar al huérfano de sus bienes, l. 7. §. 3. D. *pro empt.*

(7) Añad. ll. 12., 13. y 14. D. *de testam. tut.*, Bart. en la l. 10. D. d. tit. y el §. 4. Instit. *qui testam. tut. dar. poss.*

(8) Qué dirémos del tutor nombrado en codicilos? Bald. en la l. 2. C. *de testam. tut.*, de acuerdo con Cyn., opina que no deberá ser confirmado, cual el que se nombrare en un testamento imperfecto. [V. adic. á la glos. 41. tit. 3. de esta Part.] Esperándose la tutela testamentaria, ó habiendo cesado en su cargo el tutor de esta clase, tendrá lugar la legítima ó la dativa? V. l. 11. D. *de testam. tut.* y allí Bart., y Nicol. de Neap. en la l. 9. §. 1. D. *de tut. et rat. distr.*

(9) Si el tutor legítimo hubiese fallecido, será llamado el pariente mas inmediato, ó bien tendrá lugar la tutela dativa? V. Bart. en d. l. 11., col. 2., donde trata tambien del caso en que hay esperanza de tutor legítimo; Bald. en la l. ult. C. *de leg. tut.*, Juan Fabr. Instit.

non lo puede, o non lo quiere guardar; e estonce (10) el Juez de aquel lugar le da por guardador algun ome bueno, e leal. E a este guardador atal dicen en latin, Tutor dativus, que quier tanto dezir, como guardador que es dado por aluedrio del Juez: e porque ha departimiento entre estos guardadores, queremos fablar de cada vno dellos; e primeramente de aquel que establesce el padre a sus fijos, e a los otros que descienden del.

LEY 3. *Como el padre, o el auuelo, puede dar guardador a su fijo, o a su nieto.*

El auuelo, o el padre (11), puede dar guardador a su fijo, o a su nieto, que estouiesse en su poder (12), e que fuere menor de edad, como de suso diximos: e esto puede tambien fazer a los que son nascidos, como a los que son en el vientre (13) de su madre. Pero lo que diximos de los nietos, se entiende, que el

de fiduc. tut. y l. 1. §. 2. D. *de legit. tut.* Si faltare el dativo, tendrá lugar el legítimo? V. Bart. lug. arriba cit. A los hijos adoptivos les compete la tutela legítima? V. Bart. en la l. 1. D. *de testam. tut.* [Como el parentesco por adopcion no da derecho de suceder en la línea colateral, tampoco importará el gravámen de la tutela; véase el apéndice al tit. 13.] Si fueren muchos los tutores legítimos, podrá discernirse á uno solo la tutela? V. l. 5. §. 1. D. *de leg. tut.* y allí Bart. Al que tiene tutor legítimo no puede nombrárselo el magistrado, l. 9. C. *qui dar. tut. poss.* Los hijos bastardos tendrán tutores legítimos? V. Bald. en la l. 2. C. *quand. mul. tut. off. fung. pot.* Adviértase que no hay curatela legítima, escepto por lo que mira al loco, v. Bart. en la rubr. D. *de leg. tut.* y en la nov. 72. cap. ult. Si el pariente mas cercano fuere nombrado tutor en testamento, se le considerará legítimo, ó como testamentario? V. Bald. en la l. 3. C. *ad Tertill.* Adviértase que quando se habla de tutores y curadores se entiende de los legítimos, l. ult. C. *de interd. matrim. int. pup.* y allí Bart. 2. lect.—*Nótese que ademas de la tutela legítima de los parientes del pupilo, hay otra, y es la que la ley atribuye á las juntas municipales de beneficencia sobre los espósitos que se crian en los establecimientos que estan á cargo de las mismas, art. 63. del Decreto de Córtes de 27 de diciembre de 1821.

(10) Nótese esta palabra, y añádase que es nulo el nombramiento de tutor hecho por el magistrado, si no se le manifestó que los parientes mas cercanos, siendo idóneos, habian sido omisos en pedir que se les discerniese este cargo, l. 2. §. 3. D. *qui. pet. tut.*, l. 6. C. *qui. tut. dar. poss.*, Bart., la Gloss. y Bald. en la l. 10. D. *de tut. et curat. dat. ab his*: véase en esta materia Alex, cons. 161. vol. 5.

(11) No tienen igual poder los patronos respecto de los libertos, l. 28. §. 2. D. *de testam. tut.* Podrá el padre menor de 25 años dar tutor en testamento á sus hijos? Opina afirmativamente Bart. en la l. 32. §. 2. D. d. tit. y en la l. 3. §. 3. D. *de admin. tut.* Adviértase que cualquiera puede dar tutor al impúber, al cual instituye, si este no tuviese otros bienes, l. 4. D. *de confirm. tut.* y allí Bart.: acerca del caso en que los tuviere, decide Salic. de acuerdo con la Glos. en la l. 4. C. *de testam.* Al tutor testamentario le es indispensable el decreto del juez? Bart. en la l. 5. D. *de leg. tut.* opina que es circunstancia precisa, á no ser que el testador mismo le hubiese discernido la administracion; véase el principio de la cit. l. Podrá el padre dar curador al hijo pródigo, segun la l. penult. D. *de curat. fur.*: y lo que es mas, de dicha ley parece deducirse que al padre, poseedor de un mayorazgo, le caben facultades para privar de la sucesion del mismo á un hijo pródigo, llamando un hijo de este, con tal que al primero le deje los alimentos. No obstante, conviene advertir que la citada ley se refiera á la legítima, esto es, al derecho que el hijo tenia en los bienes de su padre, por lo que se ve que no puede fácilmente aplicarse á un mayorazgo antiguo: en semejante caso parece que el padre podrá únicamente privar de la administracion al hijo pródigo, y que el juez, á tenor de la ley citada, deberá dar cumplimiento á semejante disposicion.

(12) Concuerda con la l. 1. D. *de testam. tut.* y con el §. 3. Instit. *de tut.*: nó podrá pues darse tutor á los hijos y demas descendientes emancipados: sin embarggo, si se lo diere el padre en el testamento, el juez deberá confirmarlo sin conocimiento de causa; á no ser que hubiese desaparecido el motivo que dió lugar al nombramiento, por ej., si de amigo se convirtió en enemigo del testador, ó si siendo rico, cuando se le nombró, ha caido despues en la pobreza, l. 4. D. *de testam. tut.* y el §. ult. Instit. *de tut.* Puede tambien el padre dar tutor al hijo que desheredare, d. l. 4. pr.—*Atendida la l. 47. de Toro será muy raro que subsista de derecho el nombramiento de tutor, hecho por el abuelo; véase sobre la inteligencia de dicha l. la glos. 26 del tit. 9. de esta Part.

(13) Concuerda con la l. 1. D. *de testam. tut.*; v. l. 19. §. ult. d. tit. Si el padre nombrare tutor para sus hijos vendrán comprendidas las hijas nacidas y las póstumas, l. 5. D. d. tit.

auuelo les puede dar guardador en su testamento, si despues de su muerte non fincare el nieto en poder de su padre (14): e el nieto a quien fue dado este guardador, deue estar en poderio del con todos sus bienes, fasta que aya el moço cumplidos catorze años, e la moça los doze.

LEY 4. *Quien puede ser dado por guardador de huerfanos, e de sus bienes; e por cuyo mandado.*

El que fuere dado por guardador de huerfanos, non deue ser mudo (15), nin sordo, nin desmemoriado (16), nin degastador (17) de lo que ouiere, nin de malas maneras (18). E deue ser mayor de veynte e cinco años (19); e varon (20), e non muger. Fueras ende, si fuesse madre (21), o auuela

(14) Añád. d. l. 1. y el cit. §. 3. Instit. *de tut.*

(15) Concuerda con lo anotado por Az. en la Sum. C. *de testam. tut.*, col. penult., vers. *datur tutor*: asi pues, es incapaz de la tutela el que sea mudo ó sordo, l. 1, §. 2. y ult. y l. ult. D. *de tut.* Sin embargo, no producirá incapacidad un defecto en el oido que no acarree la privacion completa de este sentido, ll. penul. y ult. D. *de leg. tut.* Si los defectos de que se trata sobrevinieren al tutor despues de haberse encargado de la tutela, cesará en este cargo, d. l. 1. §. 2. y allí Bart.

(16) Añad. l. 10. §. 3. D. *de testam. tut.* y el §. 2. Instit. d. tit.

(17) Pues que á este, lo mismo que al loco se le dan curadores, l. 12. §. 2. D. *de tut. et curat. dat. ab. his*; v. Bart. en la l. 1. D. *de curat. fur.* y Jás. en la l. 6. D. *de verb. oblig.* col. 2. y 3.

(18) Es decir, de malas costumbres: en efecto por ellas se hace sospechoso el tutor, l. 5. D. *de suspect. tut.* y l. 1. tit. 18. de esta Part.; y tambien, cuando en la administracion de otras tutelas, no se hubiese portado cual correspondia, l. 3. §. 8. D. d. tit.

(19) Concuerda con la l. ult. C. *de leg. tut.*, con el §. 2. Instit. *qui testam. tut. dar. poss.* y con la l. 1. tit. 17. de esta Part. Empero no podrá el menor de 25 años ser nombrado tutor en testamento, de modo que entre tanto se nombre otro por el magistrado, hasta que al llegar aquel á la mayor edad, se encargue de la tutela como tutor testamentario? Asi parece segun el cit. §. 2. y la l. 32. §. 2. D. *de testam. tut.*, y esta es la opinion de Alber. en la misma ley. Nuestra ley de Part. dispone al parecer lo contrario, si se entiende que habla tambien del caso en que el tutor sea nombrado en testamento: empero, en su verdadera inteligencia no se aparta de lo que acabamos de esponer. Lo dicho es especial de los tutores testamentarios: en efecto el juez no puede nombrar para el cargo de la tutela á un menor de edad, Alber. lug. arriba cit. y Ang. Aret. en d. §. 2. Inst. *qui testam. tut. dar. poss.*

(20) La tutela es un cargo varonil, l. 1. C. *quand. mul. tut. off. fung.* y l. 26. D. *de testam. tut.* El testador puede nombrar tutor al estrangero, si bien no cabe esta facultad al juez: empero quién discernirá en este caso la administracion? V. Bart. en la l. 10. D. *de tut.*, ll. 3. y 20. D. *de tut. et curat. dat. ab his* y l. *non etiam* D. *de tut.* No puede ser tutor el ciego, l. 3. C. *qui dar. tut. poss.*: tampoco puede serlo el colono del príncipe, l. ult. d. tit. La calidad de hijo de familias no obstará para ser tutor testamentario ó dativo; y si fuere menester, se obligará al padre á que caucione por el hijo nombrado tutor por el magistrado, l. ult. D. *de susp. tut.*, l. 15. §. 17. vers. *Imperator* D. *de excus. tut.* y l. 7. D. *de tut.*: en los testamentarios la caucion no tiene lugar, l. 21. D. *de adm. tut.* Los que habitan en el territorio de un castillo, pueden ser precisados á encargarse de la tutela de los que moran en territorio distinto? V. Nicol. de Neap. en la l. 17. §. 7. D. *de excus. tut.* Tampoco podrá ser tutor el religioso, v. Bald. en la l. ult. §. 4. C. *de curat. fur.*; nótese esto en interpretacion del cap. *generaliter*, 16. q. 1. y véase la l. 14. de este tit.

(21) Ya sea legítima, ya meramente natural, l. ult. C. *quand. mul. tut. off.* Glos. y la generalidad de los DD. en la auth. *matri et aviæ*, C. d. tit. Empero, no podrá ser tutora del hijo que le hubiere nacido de punible ayuntamiento, segun Salic. en d. l. ult. Si el padre y la madre solicitaren la tutela del hijo natural, será preferido el primero, segun Salic. en d. auth., col. 1. vers. *quæro* 2.; lo mismo opina allí la Glos., y tambien Alber. de acuerdo con Odofr., y pruébalo la cit. l. ult., si bien Bart. parece inclinarse á favor de la madre. [Adherimos al parecer de este D., asi porque no cabe duda respecto de la madre, al paso que siempre se duda mas ó menos de quien es el padre; como porque aquella es llamada con preferencia á la sucesion legítima de semejante hijo. No obsta el que por la cit. ley ult. sea preferido el tutor nombrado por el padre; pues que semejante preferencia la tiene en calidad de tutor testamentario, y en el caso que el padre instituya al hijo natural, l. 7. D. *de confir. tut.* En un caso análogo el tutor nombrado por la madre escluiria al padre]. Será la madre preferida á los abuelos paterno y materno, segun Odofr., Al-

(22), que fuesse dada (23) por guardador dellos. Ca estonce, tal muger como sobredicha es, si prometiere en mano del Rey, o del Juez (24) del lugar do son los huerfanos, que de mientra que los moços touiere en guarda, que non casara (25); e

ber., Bart. y Salic. en d. auth., por mas que la Glos. asiente allí lo contrario. Lo dicho hasta aqui entiéndase de la madre cuya conducta no fuere deshonesta, Glos. y Bald. en la auth. *sacramentum* C. d. tit.: y es tambien indispensable que sea mayor de edad, pues que esta es circunstancia que se exige á todos los tutores, l. ult. C. *de legit. tut.* y Bald. en la auth. *eisdem*, C. *de sec. nupt.* col. 1. Si la madre fuere menor de edad, empero debiese cumplir los 25. años, antes que el hijo llegare á la pubertad, tendrá lugar la tutela legítima, ó la dativa? V. Bald. en la l. 11. D. *de testam. tut.* col. ult. y lo que dice en la glos. 20. — * Opinamos que en este caso serán llamados los parientes inmediatos si los hubiere, y en falta de estos el tutor dativo; en efecto, en la l. 5. C. *de legit. tutel.* dispuso Justiniano que la tutela legítima no se defiriese al menor de edad.

(22) Entiéndase lo mismo de la bisabuela, Bart. en la l. 11. D. *de testam. tut.*, col. 3. y en la nov. 118. cap. ult.: empero, será preferido el abuelo paterno o materno, si concurriere con aquella, Bart. en d. l. 11. col. 4. y Alber. y Salic. en d. auth. *matri et aviæ*: Salic. allí, cuest. 6. y 7. esceptúa el caso que dicho abuelo fuese menos idóneo, ó de todo punto incapaz, porque entonces es lo mismo que si no existiera, l. ult. C. *de legit. tut.*, l. 1. §. 2. D. *quod cuj. univ.*, vers. *et quidem*, y cap. *inter corporalia*, *de translat. Episc. vel elect.*; sin embargo, si existieren el abuelo paterno y la abuela materna, de la misma suerte que la herencia se les deferirá á los dos la tutela, Salic. en d. auth. cuest. 8., el cual añade que entonces procederá la opinion de los antiguos glosadores, indicada allí por la Glos., dado que no se debe en semejante caso igualar la muger al marido, pues que se trata de la abuela materna en estado de viudez. Si con la abuela existiere un hermano germano del pupilo, que sea mayor de edad, este hermano y la abuela como que son llamados juntamente á la herencia, segun la auth. *defuncto* C. *ad Tertyll.*, de la misma suerte se les deferirá la tutela, arg. auth. *sicut* C. *de leg. tut.*: empero esto no tendrá lugar por nuestro derecho, atendido que por la l. 7. de Toro, el hermano no sucede abintestato junto con los ascendientes del difunto. — * Y por qué en el caso de concurrir la abuela con el abuelo su marido, se deferirá á este solo la tutela? Porque la ley habla de la madre y abuela en estado de viudez: ademas, la tutela trae consigo obligaciones, y la muger no puede contraerlas sin la autorizacion de su marido.

(23) Por aqui se ve que esta ley habla de la madre ó abuela á la que se ha nombrado tutora en testamento: empero la l. 9. de este tit. habla en general de la madre ó abuela que se encargue de la tutela, aunque no preceda semejante nombramiento; á lo que se agrega que lo dicho mas arriba es aplicable á entrambos casos. Cuando alguna de estas personas fuere nombrada en testamento, no necesita de confirmacion, bastando que acepte el cargo ante el magistrado, Bart. en la l. 11. D. *de testam. tut.* col. 5., y pruébanlo esta ley y la cit. l. 9., pues que el juez debe discernir el cargo á la madre ó abuela que lo solicita, y no puede precisar á la que se resiste á aceptarlo, Bart. lug. cit., d. l. 9. y l. 95. tit. 18. Part. 3. Si el padre nombra tutora á la madre junto con un estraño, los dos se encargarán de la tutela, Salic. en d. auth. *matri et aviæ*, col. penult. cuest. 19. Qué dirémos si el padre anulare aquella parte del testamento en que nombraba tutora á su muger? Podrá esta pretender que se le discierna este cargo en calidad de tutora legítima? Bart. en la l. 11. §. 6. D. *de adult.*, concluye, de acuerdo con Dyn. que será desechada la madre, si por reputarla indigna, el testador derogó dicha cláusula, pero no si este tuvo únicamente por objeto morir intestado en cuanto á la tutela.

(24) Debe pues presentarse ante el magistrado, como tambien se espresa en la cit. l. 95., tit. 18. Part. 3.; véase allí lo que dije en cuanto al tiempo dentro el cual la madre deberá practicar esta diligencia.

(25) Esta renuncia no es de poca monta: su omision causara graves perjuicios, segun Bart. en d. l. 11. D. *de testam. tut.*, col. 4. y en la cit. auth. *matri et aviæ*: en efecto, si la madre ó abuela que se encarga de la tutela sin preceder la renuncia de que se trata, como que parece desear un segundo matrimonio, la ley la tiene por sospechosa (como se ve mas abajo en esta misma ley de Part.); y de consiguiente, se hace inhábil para el cargo, segun el cit. D.: lo mismo sostiene Alber. en d. auth., col. ult., vers. *itèm quæro*, diciendo haberlo visto asi en la práctica: igual es la opinion de Salic. en el mismo lug., col. 4., cuest. 14. Téngase presente nuestra ley en cuanto dispone que la madre deba renunciar al segundo matrimonio y al senadoconsulto Veleyano, aunque sea tutora en virtud de

otrosi, si renunciare la defension (26) que el derecho otorga a las mugeres, que non se puedan obligar por otri; estonce, bien le puede otorgar la guarda de sus fijos (27), o de sus nietos, segun que es sobredicho. E la razon, por que defendemos que non case de mientra que los moços touiere en guarda, es esta: porque podria acaescer, que por el gran amor que auria a su marido (28) que tomasse de nueuo, non guardaria tambien las personas, nin los bienes, de los moços, o faria alguna cosa, que se tornaria en gran daño dellos. E otrosi, si non renunciasse la defension sobredicha, dubdarian los omes (29) de mercar, o de fazer pleyto con ella, maguer ouiesse menester de lo fazer, por guar-

testamento: cesa pues la cuestion sobre este punto agitada por Alber. en d. auth. col. 2., el cual resuelve que en semejante caso no hay necesidad de la renuncia, y añade haberlo visto decidido en esta conformidad.

(26) Del senadoconsulto Veleyano, como dice mas abajo. Esta renuncia es tambien de grande importancia, segun Bart. en d. l. 11.: y descendiendo á ejemplos en esta materia Salic. dice, que la omision de semejante renuncia perjudicaria á los acreedores del pupilo á quienes la madre prometiera el pago de lo que se les debe: ademas si la madre nombrase procurador para promover alguna accion, no se perjudicaria, pues que le quedara salva la escepcion del senadoconsulto contra el hijo, si la reconviniese: sobre estos y otros casos véase al mismo Salic. en d. auth. *matri et aviæ*, col. 4. cuest. 14. Ademas del segundo matrimonio y del senadoconsulto Veleyano, deberá renunciar la madre á todas las leyes que puedan favorecerla? Asi opina la Glos. en d. auth., y faltando esta circunstancia, será nulo el discernimiento de la tutela, segun Bart. en la l. 11. D. *de testam. tut.* col. 5., quien manifiesta allí en qué casos puede aprovechar semejante renuncia; y Salic. en d. auth. cuest. 15. aconseja que no se olvide en la escritura: Alex. cons. 32. vol. 4. dice que una de las ventajas de la renuncia de que se trata, es que parece venir comprendido en ella el beneficio de escusion. Nuestra ley de Part. y la cit. l. 95. tit. 18. Part. 3. no hablan una palabra de esta renuncia general, como dije en la cit. l. 95.: no obstante, como disponen que se interponga, asi la nov. 94. cap. 1., como la l. ult. C. *quand. mul. tut. off. fung. pot.*, convendrá que no se omita en la escritura: añad. Bald. en la l. 23. §. ult. C. *ad Velley*. Adviértase tambien que en la escritura de la tutela deberá espresarse la hipoteca de los bienes, como parece probarlo la cit. nov. 94. cap. 1., y lo sostienen Bart. y Salic. en d. auth. *matri et aviæ*, donde el último, cuest. 18., dice, que no debemos admirarnos de esto, pues que semejante tutela se separa en estremo del derecho comun; añade, empero, que lo dicho deberá limitarse al caso que la madre ó abuela entre como tutora legítima, y que siéndolo testamentaria, bastará la hipoteca tácita legal. Tal vez deberá decirse que la omision de la cláusula de hipoteca no viciará en caso alguno la dacion de tutela, pues que nuestras leyes no previenen semejante requisito: bastará pues la tácita legal, l. 20. C. *de admin. tut.*, fuera del caso en que, segun Bald. en d. l., la hipoteca espresa pudiese ser mas provechosa que la tácita: agréguese que nuestras leyes de Part. hablan solo de la última, l. ult. de este tit. y ll. 23. y 26. tit. 13. Part. 5.

(27) Asi de los hijos dementes ó locos, como de los menores de edad, Glos. en d. auth. *matri et aviæ*; y si bien únicamente se llama legítima la curatela de los locos y pródigos, como advierten Juan Fabr. y Ang. Aretin. en el §. *furiosi*, Instit. *de nupt.* y Salic. en la l. 27. C. *de Episcop. aud.*, considerándose como dativa la curatela de los demas incapaces; con todo el juez debe preferir la madre y la abuela á todos los demas parientes, tambien cuando se trata de la curatela de los hijos ó nietos, segun la l. 9. de este tit. y la cit. auth. *matri et aviæ*, junto con la nov. de donde deriva: agréguese que la tutela de la madre ó abuela se califica de anómala, como que participa del carácter de legítima y dativa, Glos. y DD. en d. auth.; por fin, segun Bart. en la nov. 72. cap. 5. vers. *et hæc*, resulta, claramente de ese texto que todos los incapaces de que hemos hecho mérito tienen curador legítimo. Adviértase que á la madre y abuela se les da la preferencia en la tutela y curatela, aun cuando en virtud de ley municipal ó por estar amayorazgados los bienes no debiesen suceder á la herencia del impúber ó incapaz, Salic. en d. auth. *matri et aviæ*, col 3. cuest. 9., Dec. cons. 16. y Juan Andr., adiciones al Specul., tit. *de curat.*, §. *cum autem*. Adviértase tambien que si el padre sufriere la pena de destierro ú otra á consecuencia de la cual pierda la patria potestad, tambien se deferirá la tutela á la madre, segun Bart. en la l. 11. D. *de testam. tut.*

(28) Las mugeres son mas apasionadas por sus maridos que por sus hijos, Bart. en la l. 101. §. penult. D. *de condit. et demonstr.*; v. l. 22. C. *de admin. tut.* y l. 19. de este tit.

(29) Igual razon nos da Az. en la Sum. C. *quand. mul. tut. off. fung.* En la misma pue-

da, o por acrescentamiento, o por pro de los bienes de los moços. E deue el guardador ser establescido por mandado del padre, o del auuelo; o por otorgamiento de las leyes, assi como por parentesco; o por mandamiento de los Judgadores, assi como de suso diximos (30).

LEY 5. *Como la madre non puede auer sus fijos en guarda, si se cassare despues de la muerte del padre dellos.*

Casando (31) la madre de mientra que sus fijos tuuiesse en guarda, segund diximos en la ley ante desta, el Juez del lugar do acaesciere, deue sacar los moços (32) luego de su guarda, e de su poder, e darlos a alguno de sus parientes de los moços, al mas cercano (33) que ouieren, que sea ome bueno, e sin sos-

de apoyarse la necesidad de exigir de la madre la renuncia á todas las leyes que la favorezcan, de la que hablamos en la glos. 26.

(30) En la l. 2. de este tit.

(31) No perderá la tutela por los esponsales de futuro, Specul. tit. *de tutor.*, §. *nunc discendum*, vers. *quid si nondum* y vers. *quid si tutelam* y Bart. y Salic. en la auth. *sacramentum*, *quand. mul. tut. off. fung.*, si bien el primero sostiene lo contrario en la l. 11. D. *de testam. tut.* Sin embargo los esponsales de futuro serán bastantes para impedir que se discierna el cargo de la tutela a la madre. Por lo dicho se ve que aun cuando la madre se presentare ante el juez, manifestando que intenta contraer segundo matrimonio, no perderá el carácter de tutora, si ya estuviese emposesionada de la tutela; pues que las leyes dicen que será separada de dicho cargo, cuando pasare á segundo matrimonio, y no espresan que el ánimo de contraerlo produzca igual efecto, Salic. en d. auth.; si bien Bart. en la cit. l. 11. opina de otra suerte: las leyes penales no deben recibir una interpretacion estensiva, l. 42. D. *de pœn.* Adviértase que si la madre pierde la tutela por contraer segundo matrimonio, con mayoría de razon deberá perderla, si se abandonare á una vida licenciosa, arg. l. ult. C. *quand. mul. tut. off. fung.* y la Gloss. en d. auth; cuya opinion es generalmente recibida.—* La madre tutora que pasa á segundo matrimonio puede solicitar dispensa al efecto de conservar la tutela de sus hijos. Para obtenerla se dirigirá á S. M. por conducto de la audiencia del territorio, la que remitirá el recurso al juez competente de primera instancia para la intruccion del espediente. En él se hará constar la conducta moral, capacidad, profesion y condicion civil de la madre tutora ó curadora y del sugeto con quien se ha casado ó trata de casarse; la edad de los mismos y la de los pupilos ó menores; el valor, clase y naturaleza de los bienes, asi de estos como de su madre y de su futuro cónyuge; y por fin se oirá el dictámen de la persona que deberia entrar en la tutela en falta de la madre. Devuelto el espediente á la audiencia, esta lo elevará con su dictámen á S. M. por el ministerio de Gracia y Justicia; ley de 14 de abril de 1838, real decreto de 19 del mismo mes, y el de 12 de abril de 1839.

(32) Concuerda con la cit. auth. *Sacramentum*, con la nov. de donde d. auth. deriva y con la nov. 118. cap. 5. Si la madre ó abuela hubiese recibido la tutela en fuerza de disposicion testamentaria, se la privará tambien de dicho cargo, cuando contrajere segundo matrimonio? Hállase esta cuestion suscitada en la Glos. á la l. 6. C. *ad Tertyll.*: entre las opiniones que allí se refieren, la de Juan y Az., quienes en este punto no admitian diferencia de tutelas, es aprobada allí por Bart., Bald, y Salic. Viene en confirmacion de la misma el que la madre debe renunciar al segundo matrimonio, aunque sea tutora testamentaria, segun la ley anterior de este tit. de Part.; y cabalmente de este punto, que se halla decidido por la cit. l. depende la decision de la cuestion presente, segun Bald. en la auth. *eisdem* C. *de secund. nupt.* al fin. Qué dirémos, si la madre (que fue separada de la tutela por haber contraido segundo matrimonio) enviudare segunda vez? Volverá á encargarse de la tutela? Agita esta cuestion el Spec. en el cit. tit. *de tut.* §. *nunc dicendum*, vers. *quæro si mater*, y al fin concluye por la afirmativa en el supuesto que no exista otro tutor legítimo que se haya encargado ó pueda encargarse de la tutela: para la mayor inteligencia del Spec. véase Salic. en d. auth. *Sacramentum*, col. 3., vers. *quæro etiam ab extra.*

(33) La Glos. en d. auth. *Sacramentum*, opina que separada la madre por haber contraido segundo matrimonio, tendrá lugar la tutela dativa y no la legítima, y esta opinion dice ser la general Alber. en la cit. auth. *matri et aviæ*, col. 3.: empero Alber. de Sal., Jac. Butric., Rayner. de For. y otros sostuvieron la opinion contraria. Esta es la que aprueba nuestra ley de Part. desechando la de la Glos.: téngase pues presente esta ley, mayormente siendo la cuestion harto difícil por derecho comun, como dice Bald. tratando latamente de ella en d. auth. *Sacramentum*: en el mismo lugar Salic., despues de haber controvertido largamente el punto, dice que la opinion de la Glos. como mas probable, debe seguirse en el foro y en las escuelas. Tal vez

pecha, e que non sea de aquellos, a quien defiendan las leyes (34) deste nuestro libro, que non lo pueda ser. E si el Juez fallare, que alguna cosa deue dar la madre a los moços, por razon de sus bienes que touo en guarda, o por otra manera qualquier, fincan porende obligados tambien los bienes della (35), como los de aquel que caso con ella (36).

LEY 6. *Como la madre puede establescer guardadores en su testamento a los fijos, que dexa por herederos.*

La madre (37) que faze testamento, en que establesciesse por sus herederos a sus fijos, que non ouiessen padre, bien les puede establescer guardador en el. Pero tal guardador como este non puede vsar en ninguna manera de los bienes del mozo, a menos de ser confirmado del Juez del lugar, do son los bienes: e el Juez deuelo confirmar (38), e otorgarle guarda dellos, si non fuere atal, a quien

la opinion dicha podria sostenerse á pesar de nuestra ley de Part. en el caso que la madre antes de pasar á segundo matrimonio se hubiese presentado al juez manifestándole su intencion y pidiéndole que nombrara tutor para sus hijos: este es el caso en que Bart., conciliando los diversos pareceres, sostiene que tendrá lugar el tutor dativo; y segun él procede la opinion contraria, cuando la madre pasare á segundo matrimonio sin ponerlo en conocimiento del juez; pues que, perdiendo entonces de derecho la tutela, esto es, sin intervencion del magistrado, se defiere ella al pariente mas cercano, l. 11. D. *de testam. tut.*; al paso que cuando la madre se presenta al juez y pide tutor para su hijo, cabe la razon que se indica en la cit. l. 11. y en la l. 3. §. 8. D. *de leg. tut.*, pues que el hecho del magistrado removiéndola, hace que la cesacion de la tutela no sea de derecho, y de consiguiente la madre sigue en rigor siendo tutora, mientras no se haya nombrado quien la sustituya; ahora bien, es claro que cuando este nombramiento no ha tenido lugar, no puede tener cabida el tutor legítimo, y que tampoco será admitido despues, por haber ya quien sustituya á la madre. Por lo dicho pues, parece que en este último caso no debiera aplicarse nuestra ley, la que habla simplemente de la muger que pasa á segundo matrimonio, sin hacer mencion de la que antes pide que se nombre tutor á sus hijos, cual la nov. 22. cap. 40.: y aquellas palabras, *de mientra que touiesse sus fijos en guarda*, manifiestan mas y mas que se refirió á la madre que contrae segundo matrimonio, sin pedir previamente el nombramiento de tutor. Si la madre solicitare previamente ese nombramiento, deberá el juez nombrar el tutor que ella designe? Segun la opinion mas general el juez es libre en este punto, atendido que la madre puede tener por objeto evitar la escrupulosa dacion de cuentas, l. 2. §. 3. D. *qui pet. tut.*, v. l. 4. al fin D. d. tit., l. sig. de este tit. de Part. y Alber. en la auth. *matri et aviæ*, C. *quand. mul. tut. off. fung. pot.*, vers. *expeditis quæstionibus*: Salic. en d. auth. *Sacramentum*, al fin, dice que el juez procederá acertadamente si toma el parecer de los parientes y amigos del pupilo; véase sobre esta materia á Curt. el mayor, cons. 46., quien alega la decision singular de Bald. en la l. 60. C. *ad Tertyll.*, donde trata de si el tutor indicado por la madre será preferido al legítimo, y despues de haber alegado á favor del primero el cit. cap. 40. de la nov. 22. concluye que en efecto deberá ser preferido si hubiese precedido informacion acerca de sus circunstancias; pero no cuando sin ella se le nombró, y fueren mas idóneos los legítimos: añade el mismo Bald. que la informacion debe verificarse con citacion de las partes interesadas, y que en su opinion, la cláusula de que usan los escribanos, *que el juez viendo y conociendo que era idóneo* etc., no prueba que al nombramiento haya precedido el indicado conocimiento de causa, y sí solo que el nombrado era idóneo á primera vista; lo que se presume en general de cualquiera. Estas palabras de Bart. son importantes; añádase lo que dice el mismo, cons. 82. vol. 2.

(34) V. ll. 4. y 14. de este tit.

(35) V. ll. 23. y 26. tit. 13. Part. 5. y lo que allí dije.

(36) Añad. l. 2. C. *quand. mul. off. tut. fung. pot.*, l. 6. C. *in quib. caus. pign. tacit. contr.*, y allí Bald., nov. 22. cap. 40., y allí Bart., d. l. 26. tit. 13. Part. 5. y l. ult. tit. 17. lib. 3. del Fuero Real.

(37) Entiéndase lo mismo de la abuela, Bart. en la l. 4. D. *de testam. tut.*

(38) Deberá pues el juez necesariamente confirmar el tutor nombrado por la madre, cuando esta instituya heredero al hijo; por lo que parece aprobar esta ley la opinion de la Glos. en la l. 4. C. *de testam. tut.*, de cuya ley aquella deriva. Tambien Az. en la Sum. C. *de confirm. tut.* vers. *si verò mater*, dice, que si la madre instituye al hijo, debe confirmarse el nombramiento de tutor que ella hubiere hecho, pues que por sí solo dicho nombramiento no tiene fuerza; pero añade que la confirmacion se hará con conocimiento de causa, arg. l. 1. d. tit. y l. 4. cit.: em-

defiendan las leyes deste nuestro libro que lo non sea. Mas si la madre non establesciesse por su heredero al fijo, non le podria dexar guardador, maguer le dexasse de otra guisa (39) alguna partida de sus bienes. Pero si acaesciesse que lo fiziesse, si gelo quisiesse (40) confirmar el Juez, valdria, mas non de otra guisa.

LEY 7. *Que el padre puede dar a su sieruo por guardador de sus fijos; e como deue dezir ciertamente el nome del guardador, porque non aya y dubda.*

Dexando el padre a alguno de sus sieruos por guardador de sus fijos, maguer non le ouiesse ante desto aforrado por palabra, fazese libre (41) por esta razon, e sera guardador dellos, si fuer mayor de veynte e cinco años; e si fuere menor, como quier que sea forro, non sera guardador dellos, fasta que sea de la edad sobredicha (42). Mas si dexasse sieruo ageno (43), non valdria, nin seria guardador dellos. Otrosi dezimos, que quando el padre establesciesse a alguno por guardador de sus fijos, que lo deue nombrar, (a)

(a) ó señalar Acad

pero nuestra ley de Part. no habla una palabra de este requisito. Los DD. en la cit. l. 4. y en particular Alber. y Salic. dicen, que la informacion será muy ligera cuando el hijo se halle instituido por su madre; lo mismo asienta Bart. en la l. 4. D. *de testam. tut.*, en la l. 2. D. *de confirm. tut.* y en la l. 62. §. 2. D. *de leg.* 2., donde opinan de la misma suerte Paul. é Imol. Nosotros distinguirémos entre el hijo que tiene otros bienes fuera de los que le deja su madre, y el que absolutamente carece de ellos: en el primer caso, será necesario el conocimiento de causa por lo que toca á los bienes que tuviere el hijo, independientemente de la disposicion materna; empero en el segundo la confirmacion se verificará de plano: asi es como entendemos esta ley de Part., y asi opina Bart. de acuerdo con Din. en la l. 4. D. *de confirm. tut.*; igual es el parecer de Alber. en d. l. y de Ang. en la l. 1. C. *de testam. tut.* Pero en el supuesto de ser indispensable el conocimiento de causa, no se procederá con tanto rigor, como en el caso de haberse hecho el nombramiento por un estraño que instituyó al pupilo; y en estos términos debe entenderse la decision de Bart. y otros en la l. 4. D. *de testam. tut.*, en la l. 4. C. d. tit. y en la l. 2. D. *de confirm. tut.* Nuestra ley debe entenderse del tutor nombrado por la madre en el testamento en que instituye heredero á su hijo; y no cabe aplicarla al caso que la institucion fuese limitada á la legítima, como resulta de la cit. l. 62. §. 2., donde el Jurisconsulto, en el caso de que allí se ocupa, dice ser nulo el nombramiento de tutor hecho por la madre, porque en realidad el hijo resultaba instituido únicamente en la legítima, atendido que lo restante de la herencia quedaba sujeto á fideicomiso, en el que la legítima no venia comprendida, l. 41. §. 2. D. *de vulg. et pupill.* y Ludov. Rom. en d. l. 62. §. 2. Adviértase que al tutor nombrado por la madre no se le precisa á dar caucion, si aquella instituye heredero al pupilo, l. 1. D. *de confirm. tut.* y allí Bart., Az. lug. arriba cit. y arg. l. ult. D. d. tit. Nótese que Az. habla de la confirmacion precedida de conocimiento de causa, de lo que al parecer se sigue que el tutor deberia caucionar cuando fuere confirmado sin preceder este requisito, y esta es tambien la opinion de la Glos. en d. l. ult.: v. Bart. en la l. 5. D. d. tit.

(39) Nótense estas palabras, de las que se infiere que si la madre nombrare tutor para su hijo, sin instituirlo, aunque le hiciere alguna manda, no deberá ser confirmado dicho tutor sin preceder informacion rigurosa, l. 2. de este tit. y Bart. en la l. 7. D. *de confirm. tut.*, si bien ese D. no habla de la manda. La l. ult. C. d. tit., parece indicar que es bastante que se deje alguna cosa al hijo, sea por el título que fuere; empero habla del padre natural; véase á Bart. en la cit. l. 7.

(40) El juez confirmará el nombramiento, si lo creyere conveniente para el pupilo, l. 4. C. *de testam. tut.*: y si en este caso no lo verificare, incurrirá por esto en responsabilidad? Asi opina Salic. en d. l.; v. l. 40. D. *de jud.* y allí Paul. de Castr. El tutor confirmado por el juez será preferido al legítimo, ó bien podrá dársele un contutor por el mismo magistrado? V. Bart. en la l. 1. D. *de confirm. tut.*, donde cita Martin. Sillan., cuya opinion puede verse en Juan Andr. adic. al Specul. tit. *de tutore*, adicion que empieza *propter hoc*; y la resolucion es, que tendrá preferencia sobre el legítimo; y esta es tambien la opinion de Salic. en la l. 2. C. *de confirm. tut.* Ahora, como semejante tutor confirmado es de la clase de los dativos, podrá dársele un contutor de la misma especie, segun el parecer de los cits. DD., l. 3. C. *de confirm. tut.*

(41) Concuerda con la l. 32. §. 2. D. *de testam. tut.* y con el pr. Instit. *qui testam. tut. dar. poss.*

(42) Viene en confirmacion de lo que dije en la glos. 19.

(43) Concuerda con el §. 1. Instit. *qui testam. tut. dar. poss.*

e señalar, de manera que lo puedan saber ciertamente, qual es. Ca si acaesciesse, que nombrasse a vno por guardador, e ouiesse y otro (44) que ouiesse aquel mismo nome, si non pudiessen saber ciertamente, qual dellos fuera su entencion que lo fuesse; estonce non lo deue ser ninguno dellos (45).

LEY 8. *Como el guardador, que el padre da a sus fijos naturales, non deue vsar de tal guarda sin mandado de Juez.*

Tambien al fijo de barragana (46), como al que fuere de muger legitima, puede el padre dar guardador a su finamiento (47) que guarde a el, e a los bienes en que lo fizo su heredero. Pero este guardador atal non se puede trabajar de la guarda del huerfano, nin vsar de los bienes del, a menos de ser confirmado por el Juez del lugar. Otrosi dezimos que si algun ome establesciere en su testamento por su heredero a algun huerfano estraño (48), que le puede dar guardador en aquel mesmo testamento, e este guardador atal deue ser confirmado del Juez, segun diximos del otro. E avn dezimos, que los guardadores que son escritos en los testamentos, pueden ser establescidos simplemente, e a tiempo cierto, o so condicion (49), segun que fuere su voluntad del fazedor del testamento.

LEY 9. *Como quando el padre, o el auuelo, non dexa guardador a sus fijos, nin a sus nietos en su testamento, lo deue auer el pariente mas propinco, que ouiere.*

Sin testamento muriendo algun ome, que ouiesse fijos, e non les ouiesse dado guardadores; o si fiziesse testamento, e non los dexasse en guarda de ninguno; o si les dexasse guardadores, e se muriessen ante que el padre (50) dellos; si los moços non ouieren madre, nin auuela (51), mandamos, que los parientes mas cercanos que ouieren, e que estouieren en vn mismo grado (52), sean guardadores dellos, e de todos sus bienes. E

(44) Esto debe probarse por el que lo alega, pues que no se presume que haya dos ó mas sugetos de un mismo nombre y apellido, Socin. cons. 28. vol. 3., col. 3. y 4. y cons. 40. col. 2.: sin embargo véanse Abb. en el cap. *cum Joannes*, *de fid. instrum.* y Dec. cons. 101., col. 1. al fin.

(45) Concuerda con la l. 30. D. *de testam. tut.*: véase lo que dije en las ll. 23. y 25. tit. 11. Part. 5. y en la l. 10. tit. 3. de esta Part.

(46) Concuerda con la l. 7. D. *de confirm. tut.*, y con la l. ult. C. d. tit. Si el padre natural hiciere nombramiento de tutor, y la madre tambien nombrare el suyo ¿será preferido el primero, ó bien deberán confirmarse los dos? Cyn. en d. l. ult. trata esta cuestion, pero no la decide: Alber. opina que en semejante caso, el juez decidirá lo que mas convenga al pupilo, arg. l. 10. D. *de confirm. tut.*: Ang. en d. l. dice que si los dos se presentan á la vez, á cada uno se le conferirá la administracion de los bienes procedentes del que le ha nombrado; y que de lo contrario el primero que solicite la tutela será preferido; y nos manifiesta que esta es la opinion que espuso en sus lecciones. Nosotros nos inclinamos al parecer de Alber.; sin embargo podria admitirse el parecer de Ang. en el caso que el patrimonio fuese muy estenso y desparramado, arg. l. 3. C. *in quib. caus. hab. tut. tut. dar. pot.* Despues de haber escrito esta glos., leí un cons. notable de Ludov. Roman. que empieza, *in hac causa mihi commissa*, el cual parece comprobar la opinion de Ang. Adviértase que al hijo espurio no puede darle tutor el padre, Gloss. y Bart. en la l. 1. D. *de testam. tut.*

(47) Entiéndase en su testamento.

(48) Concuerda con la l. 4. D. *de confirm. tut.*

(49) Concuerda con el §. 3. Instit. *qui testam. tut. dar. poss.*: entiéndese de los nombrados en testamento, como aqui se espresa: esto no cabe en los dativos, l. 6. §. 1. D. *de tut.*, y la razon, segun el Specul. tit. *de tut.* §. *generaliter*, col. 6., consiste en que el nombramiento de tutor es uno de los actos legítimos, los que no admiten condicion ni término; si bien la ley en este punto es indulgente con el padre, en gracia de la confianza que le merece. Atendida la generalidad de las palabras de nuestra ley, no deberémos distinguir aqui entre el tutor nombrado por el padre, y el que nombra la madre ó un estraño instituyendo heredero al pupilo, á tenor de esta misma l. y de la l. 6. de este tit. —*Cuando en testamento se nombra tutor á dia cierto ó bajo condicion, hay el magistrado para proveer de tutor al pupilo, mientras la condicion pende ó hasta que llegue el dia; pero tras el magistrado no hay quien pueda proveer de tutor al huérfano, para el caso que este funcionario no hiciesse el nombramiento puramente.

(50) Lo mismo tendrémos si falleciere despues de la muerte del padre, siendo aun impúber el hijo, l. 6. al fin D. *de legit. tut.*

(51) Estas en efecto son preferidas á los legítimos, segun esta l. y la auth. *matri et aviæ*. C. *quand. mul. tut. off. fung.*

(52) Concuerda con la auth. *sicut*. C. *de legit. tut.*—*Pero ¿será este cargo obligatorio pa-

estos guardadores atales son llamados, Legitimos (53). Pero dezimos, que ante que vsen de los bienes de los moços, deuen dar fiadores (54) valiosos al Juez del lugar, que pro-

ra los parientes cercanos? Asi lo indican las palabras de esta ley, asi como la razon que sirve de fundamento á la tutela legítima. Sim embargo, la l. 12. de este mismo título al decir, *nin ouiesse pariente cercano que le quisiesse guardar*, supone que semejante tutela es voluntaria. En presencia de esta oposicion entre las dos leyes, parece mas natural decidir por la que se comenta, atendido que en ella se trata principal y esclusivamente de la tutela legítima, al paso que en la l. 12. se habla de ella únicamente por incidencia. En cuanto á la tutela legítima de la madre y abuela, no cabe duda que es de todo punto voluntaria, ya por las renuncias que requiere, como por lo que se lee mas abajo en esta ley.

(53) Añad. l. 2. de este tit. y lo que allí dije.

(54) Deberán pues los tutores legítimos dar caucion de portarse bien y lealmente en la administracion de la tutela, segun esta ley y la l. 5. D. *de legit. tut.*: sin haber llenado este requisito no pueden entrometerse en la administracion dicha, ll. 1., 3. y ult. C. *de tut. vel curat. qui non satisd.* Sin embargo, podrá el tutor tomar posesion de su cargo y prepararlo todo para su desempeño, aunque no haya caucionado; pues que esta circunstancia se exige como indispensable para la ejecucion y no en calidad de precisa para la incoacion; asi pues nada impide que la caucion se preste algunos dias despues de haber tomado posesion de la tutela y en instrumento distinto, Bald. en las adiciones al Specul., tit. *de tut.* Este gravámen de la caucion no pesa sobre los tutores testamentarios: tampoco debe prestarla el que fuere nombrado por magistrado superior previo conocimiento de causa, Instit. pr. *de satisd. tut.* y el §. penult. *de attill. tutor.* y la Glos. en la nov. 72. cap. 8., calificada de notable por Bart. Sin embargo, la Glos. en la l. 1. C. *de tut. et curat. qui non satisd.* dice que hoy dia prestarán indistintamente caucion todos los curatores dativos, y asi opina tambien el Specul., tit. *de tut.*, §. *si autem.*: no obstante Salic. en d. l. aprueba la decision de la Glos. en la cit. nov., y dice que cuando el tutor es nombrado por un magistrado superior, mediante inquisicion, merece aquel una confianza entera á causa de la autoridad del funcionario que le ha nombrado; y este tambien es el parecer de la generalidad de los DD. en la cit. nov., discurriendo segun el derecho comun, como lo nota Bart. en la l. 1. D. *rem. pup. salv. for.* y en la l. 9. §. 1. D. *de testam. tut.* En la práctica no se hace distincion alguna; sino que á todos los tutores dativos se les precisa á caucionar; lo que provendrá tal vez de que ha caido en desuso la inquisicion de que habla la ley. Por el contrario en nuestras leyes de Part. no hallamos que se exija caucion á los tutores dativos, como se ve por la l. 12. de este tit. y por la l. 94. tit. 18. Part. 3., donde se da la fórmula de la escritura de discernimiento de tutela al tutor legítimo.

De la disposicion de nuestra ley deberá esceptuarse el patrono, llamado á la tutela del liberto; en efecto, á semejante tutor no deberá exigírsele caucion á no ser que pertenezca á la ínfima clase, ó que sea sugeto de poco crédito, l. 5. pr. D. *de legit. tut.*: Salic. en la l. 3. C. *de tut. et curat. qui non satisd.* dice lo mismo respecto del padre, pues que las consideraciones que á este guarda la ley son mayores que las que dispensa al patrono, arg. l. 6. §. 1. C. *ad Trebell.* y l. 50. D. d. tit.: tambien Alber. en la rubr. del mismo tit. trata esta cuestion, y por fin se inclina á que si el patrimonio del hijo emancipado es algo considerable, y el padre fuere persona indigente y sospechosa, deberá dar caucion; pero no en otro caso; lo que, dice, puede colegirse de la cit. l. 5. §§. 1. y 2., añadiendo que si esto procede en el patrono, tambien será aplicable al padre, pues que estas personas gozan de iguales privilegios, l. 5. §. 18. D. *de liber. agnosc.* y l. un. C. *qui et adv. quos.* Si el tutor fuere muy rico, tambien se le exigirá caucion? Opina afirmativamente Bald. de acuerdo con la Glos. en la l. 28. C. *de jur. dot.*; si bien conviene en que cualquier fiador será idóneo en semejante caso: y por el contrario, dice, si el fiador es de grande responsabilidad y de pocos haberes el principal, aquel suplirá lo que á este falta, Glos. en la l. 27. §. 1. D. *de fidejus.* Juan de Plat. en l. 1. C. *de peric. nomin.* y en la l. 7. C. *de fund. patrim.* advierte que es peculiar de la tutela el exigirse caucion en el caso que sea de grande responsabilidad el principal obligado, y que esto no tiene lugar en los demas cargos públicos, segun las cits. ll. y Paul. de Castr. en la l. 1. D. *qui satisd. cog.* Adviértase tambien que no es esencial á la caucion de que se trata, que el patrimonio del tutor ó curador, equivalga á los bienes del huérfano, Bald. en d. l. 28. C. *de jur. dot.* En cuanto á si será ó no válida la dacion de tutela cuando se admitió un fiador que no era bastante idóneo, si deberá aumentarse la caucion en el supuesto que recibiere aumento el patrimonio del pupilo, véase al mismo D. lug. cit. Adviérta-

metan (55), e se obliguen por los guardadores, que ellos aliñaran, e guardaran bien, e lealmente, los bienes de los huerfanos, e los frutos dellos. E sobre todo, deuen jurar (56) los guardadores, de fazer todas las cosas que sean a pro de los huerfanos que han en guarda, e de non se entremeter de fazer cosa que se torne a daño dellos. E que guardaran lealmente sus personas, e sus cosas. Mas si los huerfanos sobredichos ouiessen madre, o auuela, que quisiesse guardar los huerfanos, e sus bienes; estonce dezimos, que la madre lo puede fazer, ante que ninguno de los otros parientes, solo que sea buena muger, e de recabdo. Pero deue dar, e fazer a los moços primeramente tal segurança, como de suso diximos (57) en la sesta ley ante desta. E si la madre non quisiere entremeterse desto, puede estonce (58) el auuela auer la guarda dellos.

LEY 10. *Como, aquel que aforro a su sieruo de menor edad, deue ser guardador del, e de sus bienes.*

Aforrando algun ome su sieruo que fuesse menor de catorze años, el señor (59) deue

se ademas qué para juzgar de la idoneidad del fiador, debe atenderse á lo que tiene, comparado con el valor de los bienes del pupilo que constan del inventario, l. ult. C. *de magistr. conv.* y allí Bald., v. Bart. en la l. 2. §. 37. D. *ad Tertyll.* Dice tambien el mismo Bald. en la cit. l. ult. que no se vicia la dacion de tutela por haberse recibido un fiador que no era idóneo: acerca el caso en que el pupilo fuere muy rico, véase al cit. D. y lo que dije en la l. 3. tit. 15. Part. 2., glos. sobre la parte *madre.* Nótese ademas que se exime de la caucion el pariente mas cercano, si es persona muy acreditada por su honradez, segun Bald. en d. l. 5. D. *de leg. tut.*, arguyendo por aquel texto, del patrono al tutor legítimo; asi pues, segun el mismo D., si el tutor legítimo no encuentra fiadores, el juez podrá discernirle la administracion, previo conocimiento de causa, haciéndose mencion en el decreto, asi de aquella circunstancia, como de la honradez del tutor; v. Juan de Plat. en la l. *agentes* C. *de agent. in reb.* y añad. Jas. en la l. 112. §. 1. D. *de verb. oblig.* Empero á esta opinion de Bald. se opone la cit. l. 94., donde tratando de los legítimos, á quienes se ha discernido la tutela, dice, *porque los fallaron que eran omes buenos, e de buen testimonio*, etc.; sin embargo, exige tambien la caucion: y de otra parte creo que la l. *si patronus*, cuya disposicion versa sobre un caso muy especial, no puede sin riesgo aplicarse á cualquier tutor legítimo nombrado mediante inquisicion: medítelo el lector y juzgue.

(55) Véase la fórmula de esta escritura de caucion en la cit. l. 94.

(56) Concuerda con la nov. 72. cap. ult. No obstante, segun el Spec., tit. *de tut.*, §. *generaliter*, col. 3., será válido lo hecho por el tutor, aunque no hubiese prestado el juramento de que se trata; porque de otra suerte resultarán engañados los que de buena fe contrataron con la persona que ante el público se presentaba como tutor, con todos los requisitos de la ley, arg. l. 3. D. *de off. præt.* A la opinion del Specul. se opone el que la cit. l. 3. únicamente es aplicable á los cargos que son públicos, no solo por la utilidad que de ellos resulta, sí que tambien porque goza de autoridad pública el que los ejerce: agréguese á esto lo que dice Bald. en las adic. al mismo Specul. lug. cit., á saber, que carece de autoridad el tutor que no hizo inventario; pues que toda omision en la forma vicia el acto, hasta en lo favorable, l. 122. §. 2. D. *de verb. oblig.*; y aun cuando el público crea haberse llenado el requisito que falta. Tambien Bart. señala este como uno de los requisitos esenciales, en d. l. 5. pr. D. *de leg. tut.* Adviértase, que segun Juan Andr. en las adic. al Specul., lug. cit., el testador puede remitir este juramento.

(57) En la l. 4. de este tit.; véase lo que allí dije. Adviértase que ni dicha ley, ni la que se comenta espresan que deba prestar caucion la madre ó abuela: cuando cualquiera de estas personas fuese tutora testamentaria, es indudable que no la comprende dicho requisito; empero sucediendo como tutora legítima, creo que deberá caucionar, por mas que esta ley no lo esprese; asi opina Alber. en d. auth. *matri et aviæ*, col. 2., en la rubr. C., *de tut. et curat. qui non satisd.* y en la l. 27. C. *de Episcop. audient.*: de otra parte esta ley de Part. lejos de desechar semejante interpretacion, da márgen á ella, imponiendo en general el gravámen de la caucion á los tutores legítimos, á cuya clase pertenecen la madre y la abuela, como dice Bart. en d. auth., col. 2.: y por mas que se la llame anómala á esta tutela, segun el Specul., tit. *de tut.*, §. *nunc dicendum principio*, no puede negarse que participa del carácter de legítima. Hállase esta opinion sostenida por Az. en la Sum. C. *quand. mul. tut. off. fung.*, donde alega el cap. ult. de la nov. 94., el cual es esplícito, allí, *et de fidejussoribus dandis.*

(58) Concuerda con el principio de la auth. *matri et aviæ*, allí, *secundum ordinem.*

(59) Concuerda con el tit. Instit. *de legit.*

auer en guarda a el, e a sus bienes; porque si tal aforrado como este moriesse, e non ouiesse padre, nin madre, nin otro pariente, de aquellos que le deuian heredar segun derecho, este su patron, que le aforro, heredaria todos sus bienes. E por ende guisada cosa es, que el que auia la pro heredando los bienes del, que sufra el cargo (60) de ser su guardador. Otrosi dezimos, que si el padre (61) saca al fiijo de su poder, que es menor de catorze años, que el lo deue auer en guarda, a el, e a todos sus bienes. E si el padre muriesse en ante que el moço fuesse de edad, si el huerfano ouiesse otro hermano (62) que fuesse mayor de veynte e cinco años, el lo deue auer en guarda en lugar de su padre.

LEY 11. *Quando los guardadores son muchos, e non se pueden allegar para procurar los bienes del huerfano, como lo puede fazer el vno dellos.*

Si los guardadores de los huerfanos fueren muchos (63), e se leuantare desacuerdo entre ellos, de manera que non se puedan todos ayuntar (64) a fazer aquellas cosas, que son tenudos de fazer en guarda dellos, e de sus bienes; dezimos, que estonce el vno dellos puede dezir al Juez, que el quiere dar (65) recabdo, e obligarse a cumplir lo que auian todos de cumplir, si los otros lo touieren por bien; e si non, que lo faga alguno dellos. E si se acordaren en esto, deue el Juez tomar tal recabdo del, como diximos en la ley ante desta. E si se desacordaren, de manera que cada vno quiera obligarse a esto, e quiera auer en guarda los bienes de los moços, estonce el Juez deue escoger (66) aquel que entendiere que lo fara mejor, e que sera mas prouechoso a los moços, e tomar tal recabdo del, como sobredicho es; e darle poder, que el solo los pueda auer en su guarda, e aliñar, (b) e aprouechar los bienes dellos.

LEY 12. *Quales Judgadores deuen dar guardador al huerfano desamparado.*

Desamparado fincando el moço, que fuesse menor de catorze años, de guisa que su padre non le ouiesse dexado guardador en su testamento, nin ouiesse pariente cercano que

(b) et procurar los bienes Acad.

patron. tut. : v. Az. en la Sum. C. *de legit. tut.*, vers. *ex sententia legis duodecim tabularum*. Deberá este prestar caucion? V. l. 5. pr. D. *de legit. tut.*

(60) Concuerda con d. tit. Instit., con la auth. *sicut* C. *de legit. tut.* y con la l. 10. D. *de reg. jur.*

(61) Concuerda con el tit. Instit. *de legit. par. tut.* Acerca de si deberá ó no prestar caucion, véase lo que dije en la glos 54. Será tutor legítimo de su hijo el padre que lo emancipare, en el caso de la l. 25. C. *de inoff. testam*? Bald. está allí por la negativa.

(62) Concuerda con el tit. Instit. *de fid. tut.*; v. Bart. en la l. 3. C. *de legit. tut.* Tendrá este el carácter de tutor legítimo? V. l. penult. C. *de legit. tut.* y Bald. en la l. 3. C. *de except.*

(63) Ya sean testamentarios, ya legítimos, ya dativos. Deriva esta ley de la l. 3. §§. 6. y ult. D. *de admin. tut.*, de la l. 5. §. 1. D. *de legit. tut.* y del §. ult. Instit. *de cap. demin.* junto con lo anotado allí por Juan Fabr.: añad. ll. 17. y. 18. D. *de testam tut.* y nov. 118. cap. 5. vers. *si autem plurimi*. —* La primera parte de la ley es únicamente aplicable á los tutores que no deben caucionar.

(64) *Segnius expediunt commissa negotia plures*; cita este verso la Glos. en d. l. 3. §. 6.

(65) V. las cits. ll. 17. y 5. §. 1.

(66) Háblase de esta eleccion en la nov. 118. cap. 5. vers. *si autem plurimi* y en la l. 3. §. penult. D. *de admin. tut.* Adviértase que la eleccion corresponde al juez, cuando los tutores no convienen en que uno de ellos administre, sino que todos á la vez quieren hacerlo; y por aqui se ve que nuestra ley se conforma con la cit. l. 3. §. ult., ley que Alber. dice no hallarse corregida por la cit. nov., cap. 5. Deberémos pues distinguir en esta materia: cuando hubiere dos ó mas tutores testamentarios y hay cuestion acerca de cual de ellos deberá administrar, será preferido ante todo el designado por el testador, á no ser que mediase alguna de las causas indicadas en la cit. l. 3., ú otra semejante: si el testador nada hubiese ordenado sobre el particular, el juez convocará les tutores, á fin de que elijan uno que administre, y discordando en la eleccion, la verificará el mismo juez. Ahora, si los tutores testamentarios no se conformasen en que uno solo administrara, y pidieren que la administracion se divida entre ellos, asi se verificará; y entonces cada uno de ellos quedará libre de responsabilidad respecto de la parte de administracion que no corra á su cargo, arg. d. l. 3. §. ult. y allí Alber.: y qué dirémos, si uno de los tutores quiere que la tutela se divida, y el otro no consiente? V. Bald. en d. l. Si los tutores son legítimos, y fuere conveniente que la administracion se encargue á una sola persona, puede cualquiera de ellos requerir á los demas á fin de que, ó

lo quisiesse guardar, estonce la madre, e los otros parientes (67) que heredaren a este moço, si moriesse sin testamento, deuen, e pueden pedir al Juez del lugar (68) que le de guardador atal, que sea bueno, e rico (69), e que entienda que lo rescibe mas por pro del moço, que de si mismo. E si estos atales non piden guardador (70) a tal moço, como

caucionen, ó bien le dejen á él solo la administracion de la tutela mediante caucion idónea, d. l. 5. §. 1. D. *de legit. tut.* y allí Bald. [entiéndase del caso que ninguno de los tutores hubiese prestado caucion, ó que los fiadores que dieron se hubieren hecho insolventes, d. l. 5. §. 3.]: si no pudieren convenirse acerca de cuál de ellos deberá administrar, elegirá el magistrado, esta l. y d. l. 3. §. ult. Lo mismo parece que deberá decirse en el caso de dos ó mas tutores dativos; y de consiguiente á toda especie de tutores nuestra ley será aplicable.

(67) ¿Estas personas serán admitidas por su órden á hacer la demanda de que se trata, de modo que en primer lugar se atienda á la de la madre? Opina negativamente la Glos. en la l. 2. §. ult. D. *ad Tertyll.*

(68) Tenemos, pues, que el juez del domicilio será competente para el nombramiento de tutor: apruébase aqui la opinion de Az. citada por la Glos. en la l. 1. C. *ub. pet. tut.*, opinion que, segun Bart., Ang. y Alber. en d. l., era la general: sostenia la contraria Hugol. y con él Cyn. y Salic.; véase á la Glos. lug. cit. Atendido el derecho comun la cuestion es harto disputable; asi es que decia Alber. en la l. 1. D. *de tut. et curat. dat. ab his*, que lo mas seguro era que en el nombramiento de tutor concurriesen el juez del domicilio, el del orígen y el del territorio donde el pupilo tenga el patrimonio: en efecto, obsta al parecer de Az. el que el pupilo parece carecer de domicilio: no le corresponde el paterno, porque no pasa al hijo, l. 6. §. 1. D. *ad municipalem*; ni lo tiene propio, pues que ningun pupilo puede constituírselo sin la autoridad del tutor, atendido que en virtud de semejante acto se obligara, Bart. en d. l. 1. D. *de tut. et curat. dat. ab his* y Salic. en d. l. 1. C. *ubi pet. tut.*: será pues preciso confesar que en este punto hay algo que se separa de los principios del derecho, lo que repugnaba á Salic. Sin embargo la opinion dicha se halla apoyada por la l. 1. §. ult. D. *de tut. et curat. dat. ab his*, alegada al efecto por Az. en la Sum. C. *ub. pet. tut.*: Cyn. alega ademas la l. 5. §. 12. D. *de reb. eor. qui sub tut.* El juez del domicilio ó del orígen que nombrare tutor debe poner mucho cuidado en las palabras de que se vale: conviene que haga simplemente el nombramiento, esto es, sin espresar, que se estiende á los bienes que se hallan fuera de su territorio; pues que si lo espresara, la dacion de tutor seria nula respecto de tales bienes, como demuestra Ang. en d. l. 1. C. *ub. pet. tut.*; al paso que, dándose simplemente el tutor para la persona, se estiende por consecuencia su poder á todos los bienes de la misma, l. 8. C. *de nupt.* y l. 21. §. ult. D. *de excus. tut.* Si el pupilo fuere señor del lugar donde tiene el domicilio, parece que el juez del mismo no es competente para nombrarle tutor; atendido que dicho juez deriva su poder del mismo pupilo, y de consiguiente falta una circunstancia precisa para la validez del nombramiento, á saber, que el pupilo sea súbdito del juez, d. l. 1.: ademas, la dacion de tutela, mas bien parece acto de jurisdiccion contenciosa que de jurisdiccion voluntaria, y de consiguiente, no cabe el que se ejerza por el mismo interesado, ó por el juez dependiente suyo, l. 3. D. *de adopt.*, l. 1. D. *de tut. et curat. dat. ab his*, l. *prætor*, y l. 13. §. 4. D. *ad Trebell.*; véase á Bald. sobre una cuestion semejante en la l. 34. C. *de donat.*, col. 2.: será pues menester en semejante caso recurrir al juez del orígen propio ó paterno, ó del lugar donde exista la mayor parte de los bienes, segun esta l. y. d. l. 1.; ó bien al rey, para que mande proveer de tutor al pupilo; no obstante dice Bald. en la l. 1. C. *de emancip. liber.* col. 1., que siendo la dacion de tutor un acto de voluntaria jurisdiccion, podrá prorogarse de consentimiento de las partes.

(69) Esto quiere decir que el magistrado debe hacer el nombramiento, previo conocimiento de causa: el tutor asi nombrado está exento de caucionar, como dije en la glos. 54.; añad. pr. Instit. *de satisd. tut.* y Bart. en la l. 1. D. *rem pup. salv. for.* Adviértase que el tutor se entenderá rico si sus bienes equivalieren á los del pupilo, v. Bart. en la l. 2. §. 17. D. *ad Tertyll.* Cuando el tutor fuere nombrado mediante el indicado conocimiento de causa, debe declararse formalmente su idoneidad, antes que se le discierna la tutela, v. Bart. en la l. 5. D. *de confirm. tut.* La inquisicion debe verificarse con citacion de los parientes y amigos del pupilo, l. 21. §. 5. D. *de tut. et curat. dat. ab his.* ¿Valdrá el nombramiento hecho de plano? Opina afirmativamente Bart. en la l. ult. D. *qui pet. tut.*, v. l. 3. §. 3. D. *de tut.*

(70) Concuerda en este punto nuestra ley, por lo que mira á la madre, con la l. 2. §. 23. D. *ad Tertyll.*, con las ll. 6. y 8. C. *qui*

pet. tut. y con la l. 2. D. d. tit., donde Bart. trata de lleno esta materia: respecto de los demas parientes, concuerda con la l. 10. C. *de legit. hæred.* Nuestra ley no dice dentro de cuánto tiempo la madre y demas parientes deberán instar el nombramiento de tutor: parece que todos sin distincion deberán hacerlo dentro de un año, segun la cit. l. 10. y allí la generalidad de los DD.: y no obsta la l. 2. §. 43. D. *ad Tertyll.*, pues que, segun los DD. en d. l. 10. y en particular Salic., Ang. y Paul. de Castr., el juez puede abreviar ese plazo, si asi lo exigiere el interes del pupilo, v. Bald. en la l. 3. C. *ad Tertyll.*] Deberán pedirlo al momento que puedan, y á lo mas tardar dentro del año, d. l. 2. §. 38. y la cit. l. 10.; lo que deben verificar indicando la persona ó personas, l. 2. §. 1. D. *qui pet. tut.*] Lo que aqui se dispone respecto de la madre, entiéndase tambien de la abuela, l. 2. vers. *quid si nepotibus*, D. *ad Tertyll.*: y es de advertir que si bien el año de que se trata no corre para cada pariénte hasta que se encuentra el mas inmediato en la sucesion abintestato; correrá para la abuela al mismo tiempo que para la madre, sin embargo que esta sucede antes que aquella; y es porque la razon de la ley, esto es, la piedad natural, concurre de la misma suerte en entrambas: empero entiéndase que no es obligacion de la abuela el anticiparse á la madre, y sí solo instar el nombramiento de tutor, cuando esta descuidare verificarlo, Paul. de Castr. en d. l. 10. y Bart. en la cit. l. 2. D. *qui pet. tut.*, col. penult. Adviértase que asi la madre, como los demas pueden hacer esta instancia por medio de procurador, l. 8. C. *qui pet. tut.* y allí Ang.: empero ya lo verifiquen de esta suerte, ya por sí mismos, será necesariamente á sus costas, l. 18. D. *de oper. libert.* y Bart. en la l. 1. C. *de neg. gest.* y en la l. 34. D. d. tit., donde limita lo dicho á los gastos personales del que solicita el nombramiento; y si bien habla de la madre, la razon que da es aplicable á los demas parientes. Adviértase tambien que teniendo lugar la obligacion de que se trata (segun esta l. y la l. 2. D. *qui pet. tut.* y allí Bart.), cuando no existe tutor legítimo ni testamentario; se estenderá tambien al caso, en que por escusacion, remocion ó inhabilidad temporal del tutor legítimo ó testamentario, ó por cualquier otra causa deba nombrarse tutor por el magistrado, Bart. en d. l. 2. col. 1. vers. *oppono ist. necess.* Luc. de Penn. en la l. *nullus* C. *de prox. sacr. scrin.* vers. 3. *quæritur*, añade, que aun cuando exista tutor legítimo ó testamentario, la madre no queda enteramente libre de toda responsabilidad, pues que le incumbe instar para que dicho tutor se encargue de la administracion y formalice inventario; atendido que asi lo exige, si no la letra, á lo menos el espíritu de la ley, la que tiende á que no quede desamparado el pupilo, l. 10. C. *comm. de leg.*; véanse algunas otras razones que alega y lo que digo al fin de esta glosa: y dice tambien Bart. que en este caso empieza á correr el año de que se trata, asi que la necesidad es inminente. Incurrirá en la pena de esta ley el pariente mas cercano que no instare dentro del año para que se le discierna la tutela; pues que falta el tutor legítimo, que no cuida de hacer inventario y de administrar, segun derecho, arg. l. 2. §§. 37. y 38. D. *ad Tertyll.*, y asi opinan Bart. en d. l. 2. col. 1. y Bald. en la cit. l. 10. C. *de legit. hæred.*: en la misma pena incurre la madre que no queriendo encargarse de la tutela del hijo, no pidió el nombramiento de tutores; á no ser que hubiese renunciado á dicha tutela, antes de incurrir en la mora, de suerte que el cargo se hubiese deferido al pariente mas cercano, Bart. en d. l. 2. col. 2., vers. *oppono quod matri.* Téngase presente que el año que la ley concede, no corre á la vez para todos como llevo indicado mas arriba; es decir, que si el pariente mas cercano lo dejare transcurrir, sin instar el nombramiento de tutor, el siguiente en grado tendrá otro año de plazo desde que queda escluido el primero, y asi sucesivamente, Glos. en d. l. 2. D. *qui pet. tut.* y en la l. 10. C. d. tit., Bart. en la cuestion que agitá en la cit. l. 2., si bien opinó de otra suerte en la cit. l. 10. y Ang. y Paul. de Castr. en d. l. 10. C. *de legit. hæred.* Existiendo la madre y sustituto pupilar, á quién pertenecerá la sucesion, si dicho sustituto no cuidó de instar el nombramiento de tutor? v. Bart. en d. l. 2. Qué dirémos de la viuda que quedando embarazada, no pide que se la ponga en posesion por esta causa, ni insta el nombramiento del *curator ventri*? v. Juan Andr., adic. al Specul. tit. *de tut.* §. *nunc dicendum*, adic. ult., donde concluye que por esto no pierde el derecho de suceder: empero lo contrario parece deducirse de la cit. l. 2. §. 29. D. *ad Tertyll.* y de lo anotado allí por Bart., cuyo texto alega el mismo Juan Andr., y lo entiende, no del curador indicado, y sí del que se nombra para los bienes. Adviértase, que las personas á quienes se impone el cargo de instar el nombramiento de tutor, deben tambien velar por que el tutor nombrado administre, arg. l. 2. D. *qui pet. tut.*, l. 2. §. 23. D. *ad Tertyll.* y l. 25. C. *de admin. tut.* y allí Bald., v. Bart. en d. l. 2. D. *qui pet. tut.*, col. 2. Deben ser idóneas las personas que se designen para tutores, l. 2. §. 34. D. *ad Tertyll.* y allí Bart.

sobredicho es, pierden (71) porende aquel derecho que auian, de heredar en los bienes del huerfano, si muriesse sin testamento. Demas dezimos, que si los parientes fuessen negligentes en demandar guardador al huerfano sobre dicho, ó si non ouiesse parientes que lo fiziessen, estonce los amigos (72) del moço, o otros qualesquier del Pueblo (73) (c) deuen pedir al Juez, que de al huerfano guardador, que sea atal, que aliñe el pro del moço; e el Juez lo deue fazer por si, e non por otro (74), auiendo el moço en su va-

(c) pueden pedir Acad.

(71) Concuerda con las leyes citadas en la glosa anterior. Sobre algunos casos en que la madre puede evitar esta pena, véase la l. 5. C. *ad Tertyll.* y allí la Glos. y Bald.: lo que allí dice la Glos., que la madre menor de edad se escusa de la pena, tiene lugar, aunque despues llegue á la mayor edad, Bald. en la auth. *si captivi*, C. *de Episcop. et cleric.* y en la l. 8. C. *de impub. et al. substit.*, col. 5., y esta es la opinion general, segun Alex. y Jas. en la l. 6. C. *de his quib. ut indig.*: empero debe esceptuarse el caso en que la madre hubiese cumplido los 25. años, antes de espirar el plazo legal para pedir tutor; entonces no tendria escusa, pues que la negligencia no se habia consumado durante la menor edad, asi opina Ang. en la l. 6. §. ult. D. *de off. præsid.*, diciendo que con esta distincion pueden conciliarse las diversas opiniones: á nosotros nos parece acertada, si bien que se oponen á ella algunos DD. citados por Alex. y Jas. en d. l. 6. C. *de his quib. ut indign.*, donde dice el último que segun la opinion general, la madre queda libre de la pena, aunque antes del año llegue á la mayor edad. Líbrase tambien de la misma pena la madre, si fuere pródiga, l. 7. §. 9. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* y Jas. en la l. 6. C. *de verb. oblig.*, col. 8. Qué dirémos si la madre es muger rústica? Paul. de Castr. opina que esta circunstancia será escusa legítima, si la madre no pudo consultar con algun perito, y de otra parte administró bien, aunque sin preceder las formalidades de derecho: ahora, si pudo aconsejarse no se librará de la pena, segun la Glos. en d. l. 2. §. 23. D. *ad Tertyll.* y Paul. de Castr. en la l. 97. D. *de acquir. hæred.*, col. ult. Salic. en la l. 10. C. *de legit. hæred.* vers. *quæro mater*; se ocupa tambien del caso que la madre administrare sin las formalidades de derecho, y concluye que esa administracion no es bastante para librarla de la pena, por mas que hubiese administrado bien, y fúndase en que la administracion no es legítima, alegando la Glos. en d. §. 23., sobre la palabra *legitima*; empero limita lo dicho al supuesto que la madre se hubiese entrometido en la tutela sin preceder formalidad alguna; ahora, añade, si el juez se la confirió, será escusable, cuando en lo restante hubiese alguna falta de formalidad, la que mas bien debe considerarse propia del juez que de la misma madre, que debemos suponer ignorante en materias de derecho: no habla empero Salic. de la muger rústica: véase tambien lo que dice Bald. en la cit. l. 3. C. *ad Tertyll.* Si hubiese tutor testamentario, pero menor de edad, incurrirán en la pena de la ley los parientes mas cercanos, si no instan el nombramiento de tutor? véase Socin., cons. 20., vol. 1., col. ult., el cual se inclina al parecer á que serán escusables, si ignoraron la menor edad del tutor testamentario. Qué dirémos, si la madre no insta para que á los tutores testamentarios se les precise á administrar? Bald. en la l. 8. C. *de impub. et al. substit.*, col. 5. dice, que por esta causa no se le privará de la sucesion, pues que tan solo se requiere que sea solícita respecto de los tutores que á su instancia se han nombrado: véase allí el caso en que la madre no administrare, asi como otras varias cuestiones notables, col. 5., 6. y 7. Adviértase que la negligencia de que se trata privará tambien de la sucesion deferida en fuerza de ley municipal, Bart. en d. §. 27., fundado en el mismo texto. Incurrirá tambien en esta pena la madre que pasa á segundo matrimonio, sin pedir previamente el nombramiento de tutor, l. 6. C. *ad Tertyll.*, Dec. cons. 246. Réstanos una dificultad, á saber, si la pena de privacion de herencia que se impone á la madre y demas parientes que no instan el nombramiento de tutor, irá acompañada de la privacion de la tutela: deciden negativamente Bart. en la l. 3. pr. D. *de leg. tut.* y Bald. en d. l. 8., alegando la Glos. á la cit. l. 3.

(72) Concuerda con la l. 2. D. *qui pet. tut.*

(73) Nótense estas palabras, pues que no es tan esplícita la cit. l. 2.: añad. l. 2. C. *de neg. gest.* y allí Bald. Puede tambien el juez verificar de oficio el nombramiento, l. 1. §. 6. D. *de magist. conven.*, Bart. en la l. 4. §. 8. D. *de damn. inf.* y Bald. en el cap. 1. *de milit. vasal. qui contum. est*, col. penult. y v. l. 5. D. *de tut. et curat. dat. ab his*: empero, ni al pupilo, ni al adulto puede dárseles curador, cuando no lo pidan; v. Bart. en la l. 5. pr. D. *quib. ex caus. in possess. eat.*: véase allí mismo sobre los locos y los pródigos.

(74) Concuerda con la l. 8. D. *de tut. et curat. dat. ab his*, y con la l. 6. §. 2. D. *de tut.*

lia mas de quinientos marauedis (75); mas si ouiesse menos, bien puede mandar a otro Juez, que sea menor (76) de si, que lo faga en lugar del. E tal guardador como este, de que fablamos en esta ley, es llamado Datiuo, que quier tanto dezir, como guardador dado por otorgamiento del Juez. E non tan solamente puede fazer esto el Juez sobredicho, mas aun lo puede facer el Juez de aquel lugar, do nascio el moço, o el padre del (77). Esso mismo puede ser demandado al Juez del lugar, do ouiere el huerfano la mayor partida de sus bienes (78); e el Juez deuelo fazer, quier sea el moço delante, o non (79), e aunque lo contradixesse. Mas si el Juez que da el guardador, non ouiesse por si alguna destas razones sobredichas, non podria estonce el que fuesse puesto por mandado de tal Juez, auer

(75) Añad. l. 3. D. *de tut. et curat. dat. ab his*, junto con la Glos. y el §. 4. Instit. *de Attil. tut.* No podrá pues el juez delegado, aunque lo sea para toda especie de causas, nombrar tutor al pupilo, cuyos bienes pasen de 500. maravedís; asi opina Alber. en d. l. 8.

(76) Esto es, á un magistrado municipal, d. l. 3.: podrán pues los magistrados de esta clase nombrar tutores, segun esta ley y Bart. en la l. 1. D. *de tut. et curat. dat. ab his*; véanse la Glos. y Alber. en la misma ley, sobre los condes palatinos, á quienes el príncipe confiere semejante facultad. — * Nuestra ley en esta parte es una mala copia del derecho romano. Por una constitucion de Justiniano el nombramiento de tutor correspondia en las provincias á los respectivos presidentes, y cuando los bienes del pupilo no pasaban de 500. *sólidos*, á los *defensores* de la ciudad en union con el prelado, l. 30. C. *de episcop. aud.* Tenemos pues, que por punto general el nombramiento era atribucion de un juez superior ó de apelacion, y que en ciertos casos correspondia á unos magistrados inferiores que solo conocian en primera instancia y únicamente de las causas civiles cuyo interes no escedia de 300 sólidos, equivalentes á unos 14,250 rs. vn.: y esta distincion era indispensable, pues que imposible era para el magistrado superior de una provincia estensa, atender al nombramiento de tutor para todos los huérfanos. Nuestra ley comete por punto general el nombramiento de tutores al juez del lugar, es decir, al juez inferior, al que conoce en primera instancia, autorizándole para que delegue sus facultades á otro juez que sea menor. Desde luego se advierte que no habia necesidad de autorizar la delegacion, necesidad que hubo entre los romanos, una vez cometida la facultad de nombrar los tutores al presidente de la provincia: ademas orígínase la duda acerca de cuál sea ese juez menor respecto del que lo es del lugar. Sea de esto lo que fuere, en la práctica no se distingue, sino que el juez ordinario por sí, verifica en todo caso el nombramiento.

(77) Pídese el nombramiento de tutor ó curador, ante el juez del orígen del huérfano, ó del padre del mismo; y si el huérfano fuere espúrio, se atiende al lugar de su orígen ó al de su madre. Ademas, puede tambien pedirse el mismo nombramiento en el lugar del patrimonio del pupilo, aun cuando estuviere domiciliado en otro punto, esta ley, la l. 1. C. *ub. pet. tut.*, l. antepenult. C. *de municip. et origin.*, l. 7. C. *de incol.*, l. 1. D. *ad municip.* y Az. en la Sum. C. *ub. pet. tut.* Qué dirémos de un menor que desterrado de su patria, fijó su domicilio en una ciudad vecina? Parece que el juez de esta ciudad será competente para nombrarle tutor; asi opina Guid. de Suz. citado por Juan Andr. en las adicion. al Specul., tit. *de curat.*, §. *si à servo*, fundándose en que por causa de necesidad se autoriza lo que de otra suerte no fuera permitido.

(78) Los DD. en d. l. 1. C. *ub. pet. tut.* entienden que este juez será competente, si el pupilo está domiciliado en su territorio; en otro caso, dicen, no tendria mas facultad que la de nombrar curador para los bienes comprendidos dentro su jurisdiccion, l. 30. §. 1. D. *de excus. tut.*, y esta parece ser la opinion de Bart., Bald. y Salic. en d. l. A primera vista se presenta esta opinion muy arreglada á derecho, atendido que el juez debe tener jurisdiccion sobre el pupilo, al cual nombra tutor; de la que carece el juez en cuyo territorio se hallan los bienes de aquel, arg. l. 1. D. *de tut. et curat. dat. ab his* y l. 5. §. 12. D. *de reb. eor. qui sub tut.*: empero, por el mero hecho de tener allí el pupilo la mayor parte de sus bienes, se considera como domiciliado en el mismo territorio, como dice Paul. de Castr. en la l. 2. C. *ub. senat. vel claris*: asi pues, aun cuando el pupilo estuviese realmente domiciliado en otro punto, el juez del lugar donde tiene sus bienes podrá proveerle de tutor; asi lo dispone nuestra ley, y de esta suerte opinaba Az. en d. l. 1.

(79) Concuerda con las ll. 5. y 6. D. *de tut. et curat. dat. ab his*. Si estas palabras se refieren á todo lo que precede, se deducirá de aqui que el juez del orígen propio ó paterno, podrá dar tutor al pupilo ausente: lo contrario parece próbar la cit. l. 1. C. *ub pet. tut.* y allí Salic., diciendo, que si el nombra-

la guarda del moço. E la guarda de cada vno destos guardadores deue durar (80) fasta que el moço sea de edad de catorze años, e fasta que la moça sea de edad de doze, quier sea establescido el guardador en testamento, o de otra guisa; e de alli adelante, deuen los Judgadores dar, e otorgar al moço otro guardador, a que llaman en latin Curator (81), tomando tal recabdo del, como del tutor (82). E este atal deuele auer en guarda, fasta que el huerfano sea de edad de veynte e cinco años (83).

LEY 13. *A quien deuen ser dados guardadores, a que llaman en latin, Curatores.*

Curatores son llamados en latin, aquellos que dan por guardadores a los mayores de catorze años, e menores de veynte e cinco años, seyendo en su acuerdo. E aun a los que fuessen mayores, seyendo locos, o desmemoriados (84). Pero los que son en su acuerdo, non pueden ser apremiados (85) que reciban tales guardadores, si non quisieren. Fueras ende,

miento de tutor se hace en el lugar del orígen, deberá hallarse presente el pupilo, atendidas aquellas palabras de la ley, *restitui apud patriam suam*. Qué dirémos, si el juez del orígen y el del domicilio dieren separadamente tutor al pupilo? Alber., de acuerdo con Din. en la l. 1. D. *de tut. et curat. dat. ab his* y en d. l. 1. C. *ub. pet. tut.*, dice, que prevalecerá el primer nombramiento, y con razon, pues que al que ya tiene tutor no puede dársele otro: si no constare qué nombramiento fue primero, se dará la preferencia al del juez del orígen, arg. l. 17. §. 3. al fin D. *ad municip.*, y hace al propósito la Glos. magistral á la l. 7. C. *de incol.*

(80) Concuerda con el pr. Instit. *quib. mod. tut. fin.* Al finir la tutela, debe el tutor avisar al huérfano que pida se le nombre curador, l. 5. §. 5. D. *de admin. tut.* y allí Bart. El fiador del tutor no es responsable de los actos que este espontáneamente hubiese ejercido, despues de finida la tutela, l. 46. §. 4. D. *de admin. tut.* y allí Bart. Asi como la tutela se acaba al llegar á la pubertad el huérfano, concluirán tambien los poderes que este autorizado por el tutor hubiese otorgado á favor de un tercero? V. Bart. en la l. 17. §. 2. D. *de institor.* Si se hiciere una disposicion para cuando la tutela acabe por la pubertad del huérfano, podrá exigirse el cumplimiento, si la tutela concluye por la muerte del mismo, v. Bart. en la l. 21. §. 5. D. *de annuis legat.* fundado en la misma ley.

(81) Añad. pr. Instit. *de curat.* Puede darse tutor al huérfano el mismo dia en que cumpliere los 14. años, v. Bald. en la l. 2. C. *quand. prov. non est necess.*: sobre las diferencias entre el tutor y curador, véase la Glos. en la l. 20. D. *de tut. et curat. dat. ab his.*

(82) V. l. 9. de este tit. y el tit. Instit. *de satisd. tut.*

(83) Añad. pr. Instit. *de curat.*, l. 25. D. *de tut. et curat. dat. ab his* y allí Bart. y l. 19. D. *de auctor. tut.* Qué dirémos si de hecho se diere curador al que ha cumplido ya los 25. años? V. Bald. en la l. 2. C. *quand. prov. non est necess.*, col. 1.

(84) Equipara el loco al demente, y asi lo vemos siempre en estas leyes de Part.: no obstante difieren en cuanto la curatela del primero es legítima y la del segundo dativa, como dije en la l. 4. de este tit.; si bien el magistrado deberá discernir la curatela del demente á los parientes mas cercanos, como dije en d. l. Trátase esta materia en los tits. D. y C. *de curat. fur.*; véase Az. en la Sum. d. tit. Se dará tambien curador al pródigo y á la muger que vive licenciosamente, l. 5. D. *de curat. fur.* Tambien á los jugadores y en general á todos los que disipan sus bienes se les podrá prohibir la administracion, porque son tenidos por pródigos, segun Bald. en la l. 3. C. *de condict. ob caus.*, col. ult. vers. *itèm quæro*, v. Glos. en la l. 8. D. *de usucap. pro empt.* Puede darse curador al hombre que vive entregado á la lujuria? V. Bald. adic. al Specul. tit. *de act.* y Alex. en las adicion. á Bald. en d. l. 3. Para dar curador á cualquiera de las personas indicadas, es indispensable que preceda informacion, de la que resulte la locura, prodigalidad ú otra causa, l. 6. D. *de cur. fur.* y allí Bald., donde dice, de acuerdo con Jacob. de Aren., que el juez deberá oir el parecer de los médicos, l. 6. C. *de re milit.* Será menester la citacion del mismo á quien se intenta dar curador, ó de otras personas? V. Bart. en la l. 3. §. 3. D. *de tut.* y Alex. cons. 86., vol. 2. Semejantes curadores pueden nombrarse con inquisicion ó sin ella, Alex. lug. cit. Podrá tambien darse curador á los sordos, á los mudos y á los que por alguna enfermedad no pueden atender á la administracion de sus bienes. Instit. §. 3. *de curat.*

(85) Concuerda con el §. 2. Instit. *de curat.* No obstante, los que hubiesen consentido en recibir curador, seguirán bajo el poder del mismo, hasta la mayor edad, Abb. cons. 91. vol. 1. El cargo es obligatorio en todo caso respecto á los curadores nombrados, Bart. en la l. 5. D. *de tut. et curat. dat. ab his*, el Specul. tit. *de curat.*, §. ult. col. 3. y Salic. en la l. 1. C. *qui pet. tut.*, donde dice que el

si fiziessen demanda a alguno en juyzio, o otro la fiziesse a ellos. Ca estonce (86) los Judgadores les pueden dar tales guardadores como estos. Otrosi dezimos, que el curador non deue ser dexado en el testamento (87), pero si fuere y puesto, e el Judgador entendiere que es a pro del moço, deuelo confirmar (88). E aun dezimos, que el huerfano que ha guardador, non le deuen dar otro (89). Fueras ende, si aquel que lo tiene en guarda, fuesse ome de mal recabdo (90); o tal, que ouiesse de veer tanto en lo suyo (91) que non pudiesse aliñar los bienes del huerfano; o si enfermasse (92), o ouiesse de yr en romeria, o en otro grand ca-

curador que principalmente se nombra para la persona, el del loco ó demente, podrá ser precisado á desempeñar este cargo, segun la l. ult. §. ult. D. *de curat. fur.*: lo mismo debe decirse en fuerza de la l. ult. pr. C. *de admin. tut.* del que se da principalmente para los bienes y secundariamente á la persona, del cual trata la l. 3. C. *de in integr. restit. min.* No es empero obligatorio el cargo de curador *ad litem*, Bart. en la l. 3. §. 2. D. *de tut.*— *En esta ley de Part. tenemos bien esplícito que los menores no pueden ser apremiados á que reciban curadores; pero en la ley anterior leemos que la tutela acaba con la edad pupilar y que de allí en adelante el juez nombrará curador para el huérfano: de lo que resulta la misma contradiccion, á lo menos aparente, que presentan el princ. y el §. 2. Instit. *de curat.* Algunos quieren conciliar nuestras leyes de la misma suerte que Heineccio las Instituciones de Justiniano, suponiendo que el menor seguiria en la tutela mientras no pidiera curador; es decir, que aquel no seria apremiado de un modo directo, pero sí indirectamente. Mas á esta interpretacion se opone; 1º que la l. anterior establece en términos absolutos que las funciones del tutor acaban al llegar el huérfano á la pubertad; 2º, que una vez admitida semejante interpretacion jamas el huérfano dejaria de tener una persona que legalmente le autorizara, y de consiguiente seria inútil la escepcion que para el caso de litigio se pone en esta ley de acuerdo con el cit. §. 2. de las Instit. de Justiniano. Con este mismo reparo tropieza la interpretacion de Febrero, el cual opina que al decirse que no pueda ser apremiado el menor á que reciba curador, se entiende que no pueda dársele un curador que le disguste, pero no que esté en su mano el gobernarse por sí solo.

Una vez el menor ha recibido curador debe seguir bajo la direccion del mismo hasta la mayor edad. Sin embargo, esta regla general admite dos escepciones. En primer lugar, al menor que contrae matrimonio se le concede al cumplir diez y ocho años la administracion de sus bienes y de los de su consorte, l. 7. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec. véase la adic. á la glos. 33. del tit. sig. En segundo lugar los menores pueden obtener del rey la dispensa de edad y consiguiente autorizacion para administrar sus bienes, mediando justa causa l. 7. tit. 5. lib. 10., l. 6. tit. 4. lib. 4. Nov. Rec. y l. de 14. de abril de 1838.: el interesado debe dirigir su solicitud por conducto de la audiencia del territorio, y esta antes de elevarla á S. M. la remitirá al juez competente de primera instancia para la instruccion del espediente, l. de 19. de abril de 1838.

(86) Añad. d. §. 2. Instit. *de curat.*, l. 3. §. 2. *de tut.* Acerca la forma, bajo la cual se nombra curador *ad litem* para un infante, véase Bald. *de mil. vasal. qui contum. est*, col. penult. y añad. l. ult. C. *qui pet. tut.* Podrá darse curador *ad litem* al pupilo que carece de tutor? Asi opina Alex. cons. 122., vol. 1.

(87) Concuerda con el §. 1. Instit. *de curat.*, vers. *sed curator.*

(88) Será confirmado en este caso, aunque el menor no quiera recibirlo? Parece que nó, puesto que á los menores no debe dárseles curador contra su voluntad, á no ser que se trate de un litigio, Instit. §. 2. *de curat.* Empero estas palabras de nuestra ley, *deuelo confirmar*, nos inducen á creer que quiso se confirmara, aun contra la voluntad del menor, el curador nombrado por el padre; atendido que nadie mejor que este puede mirar por la utilidad del hijo; esto es, suponiendo que el juez reconociere esa utilidad: esta fue la opinion de Odofr.; como dice Bald. en la l. 1. D. *de confirm. tut.*, quien, de acuerdo con Din., entiende el cit. §. 2., de los curadores nombrados por el juez, y no de los designados en el testamento paterno; y al parecer de Odofr. se adhiere Juan de Plat. en el cit. §., vers. *adde prædictis*: y por mas que Bald. se incline á la opinion contraria, nosotros no podemos dejar de seguir la de Odofr., atendido que nuestra ley, despues de haber decidido que los menores no recibirán curador contra su voluntad, añade, como por via de escepcion, que el curador nombrado por el padre deberá ser confirmado: hace al propósito lo que dice Abb. en el cit. cons. 91. vol. 1.

(89) Concuerda con las ll. 9. C. *qui pet. tut.* y 4. C. *in quib. cas. tut. hab.*

(90) Concuerda con la l. penult. C. *in quib. cas. tut. hab.*

(91) Tenemos pues que este será motivo de escusa; hacen al propósito la cit. l. penult. y las ll. 2. y 3. del mismo tit.

(92) V. §. 7. Instit. *de excus. tut.*

mino (93). Ca estonce, puedenle dar otro guardador que lo guarde en lugar de aquel, a quien dizen en latin Curator (94), fasta que el otro sea sano, o torne del camino do ouiesse ydo.

LEY 14. *Quales son aquellos que non pueden ser guardadores de otro.*

Obispo, nin Monge, nin otro Religioso, non puede ser guardador (95) del huerfano; porque estos atales han de seruir a Dios en las Eglesias, e embargarse ya este seruicio por la guarda que ouiesse de fazer en las personas, e en los bienes de los huerfanos. Mas los otros Clerigos seglares (96), quier sean Missacantanos, o non (97), bien pueden ser guardadores de los sus parientes huerfanos, por razon de parentesco (98) que han con ellos. Pero deuen venir ante el Juez ordinario del lugar fasta quatro meses, desque supieren que aquel su pariente murio, e dexo fijos sin guardador; e estonce deuen dezir ante el, de como ellos quieren ser guardadores de los huerfanos, que fueron fijos de aquel su pariente; e despues que esto ouieren fecho, pueden tomar los moços en su guarda, e aliñar, e procurar los bienes dellos. Otrosi, los que fuessen debdores (99) de los moços, non pueden ser guardadores de-

(93) V. l. 1. C. *in quib. cas. tut. hab.*

(94) Parece aprobar la opinion de Irner. indicada en la rubr. C. *in quib. cas. tut. hab.*, opinion que fue tambien la de Placent., como dice Az. en la Sum. C. d. tit. Empero el último asienta que tambien podrá nombrarse tutor en estos casos, y lo mismo sostiene Salic. en d. rubr. y en la l. 1. del mismo tit. Podrá pues el juez dar tutor ó curador, segun le pareciere, si bien será mas útil lo primero, segun Az. lug. cit.; y entonces el cargo de este tutor concluirá, asi que desaparezca el impedimento de su antecesor; v. Salic. y la Glos. en d. l. 1.

(95) Concuerda con la nov. 123. cap. 5.: no se crea que esto se halla corregido en el cap. *pervenit*, dist. 86., por mas que la Glos. allí en la última opinion decida de esta suerte: Archid. y Prepos. sostienen allí mismo la primera opinion de la Glos., esto es, que el obispo no será admitido á desempeñar el cargo de tutor ó curador, aunque lo solicite; á no ser que se tratase de huérfanos miserables, para cuya tutela no se hallaran personas á propósito. El religioso es en todo caso incapaz para semejante cargo, cap. *qui verè* y cap. *qui monachi* 16. q. 1.

(96) Concuerda con la auth. *præsbiteros* C. *de Episcop. et cleric.* y con la nov. 123., de donde esta deriva; añad. l. 45. al fin, tit. 6. Part. 1.

(97) Entiéndase de los ordenados *in sacris*: los demas no solo son admitidos, sí que se les precisa á aceptar el cargo, Glos. en d. auth. *præsbiteros*.

(98) No podrán, pues, ser tutores testamentarios ni dativos, segun se deduce de esta ley, y lo nota la Glos. en d. nov. 123. cap. 5., sobre la palabra *interdicimus*; y si bien son admitidos á la tutela legítima, no pueden ser precisados á aceptarla, segun esta ley y la cit. nov.

(99) Concuerda con la auth. *Minores* C. *qui dar. tut. poss.* y con la nov. de donde esta deriva. No dice nuestra ley, si la deuda ha de ser de alguna consideracion; empero asi debe entenderse, segun la Glos en d. auth. y en la nov., donde dice, que si la deuda es de poca monta, la decision pende del arbitrio del juez: esta opinion es aprobada por Bart., Ang. y Salic. en d. lug.; califícale de notable el adicionador de Abb. en el cap. *intellecto*, *de jurejur.*, y viene en apoyo de la misma la l. 36. §. 2. D. *de pignor. act.*, junto con lo anotado allí por Bart. Empero Bald. en d. nov. esceptúa el caso que al tiempo de la delacion de la tutela estuviese incoado ya el pleito sobre el crédito, porque, dice, *magnum videtur ex eo, quod sit de eò magna lis inter partes*: la misma Glos. en d. auth. esceptúa á la abuela, ya sea deudora, ya acreedora, escepcion que se halla fundada en la auth. *ad hæc* C., *quand. mul. tut. off. fung. pot.*: ademas la misma Glos. en la nov. esceptúa al padre y á los abuelos, atendido que la afeccion natural disipa toda especie de sospecha; y esta es la opinion de la generalidad de los DD. Debe tambien esceptuarse al hijo, cuando se trate de dar curador al padre, demente ó loco, Guill. de Cugn. en la l. 44. D. *de pact.*, y Salic. en d. auth. *minoris*, col. 1., donde puede verse el caso en que los hijos sean dos ó mas. El hermano se equipara en este punto á las personas estrañas, pues que no pueden aspirar los hermanos á los privilegios que la ley concede á los padres, arg. l. 3. §. 1. D. *de leg. præst.*, Guill. lug. arriba cit. y Ang. y Salic. en d. auth. *minoris.* Empero, qué dirémos, si el hijo del tutor fuere deudor ó acreedor del pupilo? Toca esta cuestion Bald. en d. auth. *minoris*, mas no la decide: Ang. en el mismo lugar, resuelve que no hay incapacidad, si el hijo es emancipado, y aun cuando estuviere bajo la patria potestad del tutor, si á este no le corresponde el usufructo de los bienes, á que pertenece el crédito ó la deuda. Es indudable que no incapacita al tutor el que su padre sea deudor ó acreedor del pu-

llos; fueras ende, si los padres establesciessen en sus testamentos, (100) que los guardassen. Otrosi non podria ser guardador de huerfanos, el que fuesse obligado al Rey (101), por razon que ouiesse tenido, o tuuiesse sus cilleros, o sus heredades, o otras rentas, de que le ouiesse a dar cuenta. Otrosi non puede ser guardador de huerfano el Cauallero, mientra biuiere fuera de su casa siruiendo al Rey, o a otro su Señor, en seruicio de Caualleria (102). Otrosi, el que fuesse mudo, o sordo (103), non puede ser guardador de moços; nin el que fuesse ocasionado (104), o embargado de su persona, o en otra manera, de guisa que non

pilo. Lo que nuestra ley dice de los deudores entiéndase tambien de los acreedores, ya atendida la cit. auth., ya porque hay paridad de razon; en efecto, apoderándose los tutores ó curadores de todos los instrumentos del pupilo, fácilmente podrian maquinar contra el derecho del mismo, segun Alber. y Salic. en d. auth., y es razon que se encuentra en la nov. Para todo lo demas relativo á esta materia, véanse la Glos. y DD. en la cit. auth., Bart. en la l. 2. §. 3. D. *de curat. bon. dand.*, Bald. en la l. 2. C. *quand. fisc. vel priv.*, col. 1., en la l. 3. §. 2. D. *de tut.* y en la l. 11. D. *de testam. tut.*, col. ult., Nicol. de Neap. en la l. 7. D. *de tut. et rat. distr.* y Juan Andr., adicion al Specul., tit. *de tut.*, §. *generaliter*, adicion magistral. Acerca de si podrá ser tutor el que ha contratado con el fisco, véanse l. penult. D. *de confirm. tut.* y allí Bart. y la Glos. en la l. penult. C. *ne tut. vel curat. vectig. conduc.* Por lo que mira á si el deudor de un consejo puede ó no gozar de los honores que le corresponden, véase la l. 1. C. *de debit. civit.* y allí Juan de Plat.

(100) Aprueba la opinion de Martin, citada por la Glos. en d. auth. *minoris*, y por el Specul., tit. *de tut.* §. *generaliter*, col. 4. al fin; y Juan Andr. dice allí en las adicion. que la misma opinion sostuvieron Odofr., su Maestro, Guill. de Suz. y Az. en la sum. C. *qui dar. tut. poss.* vers. *item creditur*: empero el mismo Az. sostuvo lo contrario en la Sum., nov. 72., y con él estan Accurs. en d. auth. *minoris*, en la nov. de donde esta deriva, y en el §. ult. Instit. *de auctor. tut.*, y Jacob. de Bellovis.: del mismo lado está Din., citando á Guill. de Cum. en d. l. 44. D. *de pact.*, y distingue; ó el testador, dice, sabia que el que nombraba era deudor ó acreedor suyo, ó lo ignoraba; en el primer caso tiene por válido el nombramiento, mas nó en el segundo: sostienen esta opinion Old. y Bart. en d. auth. *minoris*, y se adhieren á ella Bald., Ang. y Salic. en la misma auth., col. 3., añadiendo el último que de las palabras del testador se deducirá, si este sabia ó nó la existencia del crédito ó deuda. Téngase presente esta ley de Part., la que, como llevamos dicho, aprueba la opinion de Martin.: sin embargo, atendido el espíritu de aquella, no tenemos inconveniente en limitarla al supuesto que el padre supiesse que la persona que nombraba era su deudor ó acreedor; lo que opina podrá probarse, asi por medio del testamento como de otra suerte: la restriccion de Salic. va muy allá, y de otra parte no se halla fundada en derecho. Adviértase tambien que nuestra ley debe concretarse al caso que el nombramiento de tutor se haga por el padre legítimo y natural; dado que haciéndose por el padre meramente natural, ó por la madre, ó por el patrono, ó por una persona estraña, el tutor necesita de confirmacion, y de consiguiente no puede llamarse en rigor testamentario; á mas de que en estos casos no se defiere enteramente á la disposicion del testador, sin que medie algun conocimiento de causa, l. 8. D. *de confirm. tut.* y l. 4. C. *de testam. tut.*: esta es limitacion de Ang. en d. auth. *minoris*, y digna de tenerse presente.

(101) Concuerda con la l. penult. D. *de confirm. tut.* y la l. últ. C. *qui pet. tut.*, junto con la Glos. en entrambas. Esta entiende la disposicion del colono del predio patrimonial del Reino, pues que el arrendatario del fisco no es removido de la tutela, segun la l. 8. C. *de excus. tut.* Empero nuestras leyes de Part. hablan siempre indistintamente de las cosas patrimoniales y de las fiscales, y de otra parte la razon es igual, á lo menos por lo que mira al daño que puede sentir el pupilo, tanto si los bienes del tutor estan obligados al fisco, como si lo fueren al patrimonio del rey, Glos. en d. l. penult.: asi pues, creo que debemos aplicar nuestra ley, sin hacer distincion en este punto: á mas de que, la cit. l. 8. podria entenderse de aquellos casos en que el arrendatario de un predio patrimonial ó fiscal nada deba por esta causa, y entendida de esta suerte, parece de acuerdo con ella nuestra ley cuando dice; *de que ouiesse a dar cuenta.* ¿Qué dirémos, si el tutor, despues de haberse encargado de la tutela, toma en arriendo las rentas públicas? V. l. 1. C. *ne tut. vel curat. vectig. conduc.*

(102) Concuerda con la l. 4. C. *qui dar. tut. poss.*

(103) Añad. l. 4. de este tit., l. 1. §§. 2. y 3. D. *de tut.* y ll. penult. y ult. D. *de legit. tut.*, donde se habla del que padece sordera.

(104) Añad. l. 3. C. *qui dar. tut. poss.*, ll. 1. y 2. C. *qui morb. se excus.* y el §. 7. Ins-

pudiesse (105) entender, nin trabajarse en pro dellos.

LEY 15. *En que manera deuen los guardadores aliñar, e guardar, los bienes de los huerfanos.*

Aliñar, e endereçar los bienes de los huerfanos que ouieren en guarda deuen los guardadores en esta manera. Ca luego ante que otra cosa fagan (106), deuen fazer escrito de todos los bienes (107), de los moços, con otorgamiento del Juez del logar (108); e sea fecho por mano de alguno de los Escriuanos publicos. E a este escrito atal llaman en latin Inuentarium. E en tal escritura como esta deuen ser trasladados (109) todos los preuillejos, e las cartas de las heredades (110) de los moços. E si el guardador non fiziere tal escrito como este, puedele toller (111) el Juez del logar la guarda de los huerfanos, e de sus bienes, como a ome sospechoso. Pero si el guardador mostrasse razon derecha (112) por que non pudo fazer el inuentario, non le deuen desapoderar de los huerfanos, nin de sus bienes. Mas deuenle mandar, que faga luego el inuentario sin alongamiento ninguno. E despues que esto ouiere fecho, deuen los guar-

tit. *de excus. tut.*

(105) Nótense estas palabras, y entiéndase la ley de aquellas afecciones que son incurables.

(106) Empero, ¿no podria discernirse la administracion al tutor, antes que hubiese hecho inventario? Bart. en la l. 5. pr. D. *de legit tut.* dice, que si bien allí la glos. coloca el decreto en primer lugar, en realidad debe el tutor formalizar el inventario, antes que la administracion de la tutela se le conceda, arg. l. ult. al fin C. *arbitr. tut.*; ó cuando menos, añade, deberá hacerse en el mismo acto, en que se interpone el decreto, nov. 72. cap. ult.: la l. 24. C. *de admin. tut.* dice, *tutores vel curatores mox quam fuerint ordinati, sub præsentia publicarum personarum inventarium facere curabunt;* lo que Salic. espone, equiparando la palabra *ordinati* á *decreti;* y esto es en efecto lo que nosotros vemos en la práctica; pues que ante todo el juez discierne verbalmente la tutela, y despues se formaliza el inventario: lo que no se opone á la l. ult. C. *arbitr. tut.*, atendido que lo que ella prohibe es la administracion de hecho, mientras el inventario no estuviere formalizado.

(107) Concuerda con las ll. 24. C. *de admin. tut.*, ult. C. *arbitr. tut.*, 7. D. *de admin. tut.* y 1. §. 7. D. *de offic præfect. urb.* Deberá hacerlo el tutor al momento que pueda, como dije mas arriba y lo previene la cit. l. 24., donde pueden verse la Glos. y DD.: y si el tutor se obstinara en no formalizar inventario, se le apremiará con prisiones, l. 3. C. *de susp. tut.* y allí Bart. Si uno de los tutores hubiese hecho inventario, parece que no está obligado á ponerlo de manifiesto á sus compañeros, asi opina Bart. en la l. 19. D. *de admin. tut.* Qué dirémos, si el tutor formaliza inventario algun tiempo despues de haber aceptado la tutela? Bald. en d. l. 1. §. 7., cit. á Franc. de Scalis. cree que á dicho tutor no podrá impedírsele la administracion; véanse tambien sobre este punto Salic. en d. l. 24. col. 1., Bart. y Alber. en la l. ult. C. *de alim. pup. præst.* y Ang. en d. l. 24., donde tambien trata de si habiéndose puesto de manifiesto el inventario al juez, será preciso ademas exhibirlo á la parte con la que se litiga á nombre del pupilo.

(108) Aprueba la opinion de la Glos. en d. l. 7. D. *de admin. tut.*: dice allí Bald. col. 2. que en cuanto al tutor, basta el inventario hecho estrajudicialmente; empero, para que haga fe contra aquellos, cuyas deudas se inscriben, es menester que se formalice en presencia del juez, l. 57. D. *de admin. tut.*; y en estos términos debe entenderse nuestra ley de Part.: añádase lo que dije en la l. 99. tit. 18. Part. 3.

(109) Añad. d. l. 24. C. *de admin. tut.*: allí Salic. col. 2., vers. *quæro* 7. dice que, á fin de que el tutor pueda entrar en la administracion, no es indispensable que todos los instrumentos se transcriban á la letra en el inventario, sino que basta que sumariamente se tome razon de ellos. Ahora, si se quisiere que el inventario pueda servir de prueba, caso que los instrumentos desapareciesen, será preciso que se transcriban á la letra, citando á aquellas personas á quienes pudiera perjudicarse: esta dice ser la práctica Bart. en d. l. 7., col. 3.

(110) Entiéndase lo mismo de los instrumentos de crédito: en cuanto á los que acreditan alguna deuda del pupilo, no hay necesidad de anotarlos en el inventario, si bien puede hacerlo el tutor, si quisiere, segun Salic. de acuerdo con Bart. en d. l. 24. vers. *quæro* 7.

(111) Concuerda con las ll. ult. al fin C. *arbitr. tut.* y 1. §. 7. D. *de offic. præf. urb.* y allí Bald.

(112) Concuerda con d. l. 7. pr. D. *de admin. tut.*; véase allí Bart., col. penult.; vers. *venio ad secundam partem.*

dadores endereçar las casas (113) del huerfano, que non cayan, e fazer labrar las heredades, e criar los ganados, que fallaren en los bienes del finado. E esto deuen fazer a buena fe (114), e lealmente.

LEY 16. *Como los guardadores deuen fazer aprender a los huerfanos, leer, e escreuir.*

Trabajarse deue el guardador, de fazer al moço que touiere en guarda, que aprenda buenas maneras (115); e de si, deuele fazer aprender, leer, e escreuir (116); e despues desto, deuel poner, que aprenda, e vse aquel menester (117), que mas le conuiniere, segun su natura, e la riqueza, e el poder, que ouiere. E deue guardarlo, e pensar del, dandole de comer, e de vestir, e de las otras cosas que menester le fueren, segun entendiere que lo deue fazer; catando (118) todavia que lo faga segun los bienes que rescibió del.

LEY 17. *Como el guardador deue demandar, e responder por el huerfano en juyzio.*

El guardador en nome del huerfano deue demandar, e defender (119) el derecho del en todo pleyto, quel mouiesse, o le fuesse mouido en juyzio. E si fueren los guardadores dos, o mas, cada vno dellos (120) puede esto fazer, maguer el otro non estuuiesse delante, seyendo el moço menor de siete años, o si fuesse mayor, e non estuuiesse presente en el lugar; mas si fuesse mayor de siete años

(113) V. l. 7. pr. D. *de curat. fur.*, l. 22. C. *de admin. tut.*, l. 33. pr. D. d. tit. y Juan de Plat. en la l. 2. C. *de cond. in publ. hor.*; y allí ese D. previene que al tutor corresponde vigilar para que se hallen en buen estado los graneros, á fin de que el trigo no se malee; y añade que no basta haber nombrado un administrador que tenga la opinion de honrado y diligente.

(114) Añad. d. l. 33. pr. D. *de admin. tut.* Supóngase que dos hermanos edificaron en comun una torre, y que, muerto uno de ellos, el otro con sus capitales y los del hijo de su hermano de quien era tutor, dió mayor elevacion á dicha torre comun, con motivo de haber elevado la suya un vecino rival; ¿podrá en este caso el pupilo al salir de la tutela, reclamar contra semejantes gastos? Juan Andr. adicion. al Specul., tit. *de Jud.*, §. 2., col. 8., refiriéndose á una cuestion de Pil., dice, que no incurre en responsabilidad el tutor que lleva á cabo una obra comenzada por el padre del huérfano, atendido que debe tambien mirar por el honor de este, arg. l. 12. §. 2. D. *de admin. tut.* Adviértase tambien que el tutor ó curador no está obligado á conservar los frutos en tiempo de carestía, sino que puede venderlos al precio corriente, l. ult. §. ult. C. *de admin. tut.* y allí Bart., lo que Salic. recomienda que se tenga presente: segun este D., debe el tutor espresar en sus cuentas la época en que verifica la venta, porque de otra suerte se atenderia á lo que mas valió la cosa en el mes ó año á que ella se refiere. Deberá el tutor prestar el dinero del huérfano á un interes legal? v. Bart. y Paul. en la l. 89. D. *ad leg. falcid.* y l. 7. §. 3. D. *de admin. tut.* Debe el tutor procurar que el pupilo no incurra en la pena que se impuso en un contrato, v. Bald. en la l. 2., C. *de in lit. dant. tut.* Podrá el tutor ser reconvenido por los frutos que pudo percibir? v. Bart. en la l. 32. §. 1. D. *de admin. tut.* Se imputará al tutor el menoscabo de las cosas que recibió en prenda? v. l. 47. §. 5. D. d. tit. Acerca de la culpa que presta el tutor, véanse la Glos. y Nicol. de Neap. en la l. penult. D. *de eo qui pro tut.*

(115) Concuerda con la l. 12. §. 3. D. *de admin. tut.*

(116) Añad. ll. 4. y 3. §. 5. D. *ub. pup. educ. deb.*: dice la Glos. en la cit. l. 4. que antiguamente las mugeres aprendian la gramática, y Alber. allí añade haber oido decir que la hija de Acursio habia esplicado el derecho en Bolonia.

(117) V. d. l. 3. §. 5.

(118) Añad. ll. 2. y 3. D. *ub. pup. educ. deb.*, l. 3. §. 14. D. *de susp. tut.* y ll. 1. y 2. C. *de alim. pup. præst.*

(119) Concuerda con las ll. 10. y 30. D. *de admin. tut.*, ult. C. d. tit. y 3. C. *de procur.*

(120) Concuerda con las ll. 1. y 2. C., *si un. ex plur. tut. vel curat.* y con la l. 3. §. 1. y con la l. 24. §. ult. D. *de admin. tut.* Qué dirémos si todos quisiesen instituir la accion, ó presentarse á la defensa del pleito? La Glos. en d. l. 1. dice que todos estan en su derecho y deben ser admitidos; si bien, como advierte allí Salic., deberán accionar de mancomun y no en distintos libelos, porque la causa es igual para todos; empero, cuando no fueren actores distingue en esta forma: ó el pupilo es el reconvenido, ó bien un tutor en calidad de tal; en el primer caso, dice, todos pueden tomar la defensa, empero no en el segundo, si lo resiste el tutor reconvenido, limitándose en este caso el derecho de los demas contutores á comparecer en la causa, para evitar colusion ó fraude: véase al cit. D., el cual contesta á la l. 2. D. *de exercit.* Cyn. en d. l. 1. y Ang. y Bart. en la cit. l. 24. §.

(121), estonce puede el moço mouer el pleyto con otorgamiento de su guardador, o el guardador en nome del huerfano, seyendo amos delante: e si senténcia fuesse dada sobre tales pleytos contra el guardador, non deuen fazer entrega por ende en los sus bienes (122), mas en los del moço que touiesse en guarda. Otrosi dezimos, que el moço non puede fazer pleyto, nin postura con otro ninguno, en que obligue ninguna cosa de sus bienes, a menos de otorgamiento de su guardador (123); e si lo fiziere a daño de si, non deue valer. Pero si otro alguno fiziere pleyto con el, vendiendole, o obligandole a alguna cosa, que fuesse a pro del moço (124), valdria el pleyto que desta guisa fuesse fecho. E el otorgamiento que el guardador fiziere en nome del en juyzio, o fuera del juyzio, deuelo fazer por si, e non por mandadero, nin por carta (125); ca si de otra guisa lo fiziere, non valdria.

LEY 18. *Que los guardadores non deuen enagenar los bienes de los huerfanos.*

Non deuen los guardadores dar, nin vender, nin enagenar ninguna de las cosas del huerfano, que sea rayz (126). Fueras ende,

ult. quieren que á la instancia de la parte contraria pueda el juez elegir el tutor mas idóneo, quedando los demas con derecho para vigilarle en la misma causa. Entrambos medios son admisibles.

(121) Concuerda con la l. 1. §. 2. D. *de admin. tut.*; véanse allí la Glos. y Bart. Qué dirémos, si fuere adulto? Parece que entonces puede el actor á su arbitrio dirigirse contra él, ó contra su curador, arg. d. l. 1. §. 3.: empero la Glos. no admite diferencia en este punto entre el pupilo y el adulto. Segun Jacob. de Arct. y Alber. en d. l., procederá la opinion de la Glos. en el caso que se trate de un hecho ignorado igualmente del curador que del menor; ahora, si uno de los dos estuviese mas enterado que el otro, no podrá este por sí solo contestar la demanda, y en este caso tendrá lugar la diferencia entre el menor y el pupilo.

(122) Concuerda con las ll. 2. D. *de admin. tut.*, 4. §. 1. D. *de re jud.* y 1. C. *quand. ex fact. tut.*

(123) Concuerda con la l. 9. pr. D. *de auctor. tut.* y con el pr. Instit. d. tit. Sobre la confesion en causa civil ó criminal, véanse las ll. 6. §. 5. D. *de confes.*, 4. C. *de auctor. præst.* El tutor es responsable cuando autorizare un negocio que es perjudicial al pupilo, l. 11. D. *de auctor. tut.*, y v. l. 4. C. *arbitr. tut.* y allí Bald. Será indispensable la autoridad del tutor ó curador, cuando el huérfano declare la verdad de un hecho? v. Abb. en el cap. penult. *de jur. calumn.*, col. 4. y Bald. en la auth. *sacramenta puberum*, C. *si advers. vendit.*, col. 3. y en la l. 2. §. 2. C. *de jur. calumn.* col. 2. Será menester esta autorizacion, cuando se vendan los bienes de un menor á instancia de los acreedores? Bald. en la l. ult. C. *si propt. publ. pensit.*, dice, que tan solo deberá intervenir en el espediente sobre la venta, y que en el acto de la enagenacion bastará que el tutor ó curador sea emplazado.

(124) Concuerda con la l. 9. D. *de auctor. tut.* y con el pr. Instit. d. tit.: asi pues en este caso será distinta la condicion de los contrayentes.

(125) Concuerda con el §. ult. Instit. *de auctor. tut.* y con la l. 1. §. 1. D. d. tit., de la que se deduce ademas que la autorizacion debe darse de palabra; empero esto debe entenderse, segun Bald. en la l. 5. C. *mandat.* col. 1., de los actos espresos y no de los tácitos; véase el mismo Bald. en las ll. 4. y 8. pr. vers. *necessitate* C. *de bon. quæ lib.* Ademas no puede mediar intervalo alguno entre el acto y la autorizacion, l. 9. §. 5. D., cuya ley espresa tambien que no puede hacerse por medio de la correspondencia; véanse Bart. en d. l. y Bald. en la l. 1. C. *si serv. exter.* Por lo que mira á si el prelado podrá interponer su autoridad con algun intervalo, véase Abb. en el cap. *edoceri*, *de rescript.*, col. ult. y en el cap. *cum vos*, *de his quæ fiunt à Præl. sin. consens. capit.* Qué dirémos del decreto, mandato ó consentimiento del juez que se interpone con algun intervalo? v. Bald. en el cap. *si quis miles*, *de feud. sin. culp. non amit.* El que aconseja, se entenderá que interpone su autoridad? v. Abb. en el cap. *dilecti*, *de arbitr.*, col. 3. y 4. y Socin. vol. 1., cons. 15., col. 5. y cons. 87., col. 1. y 2., vol. 2., cons. 153. y 160., col. 5. y vol. 4., cons. 23., donde se hallarán especies muy notables relativas á esta materia.

(126) V. tit. D. *de reb. eor.* y tit. C. *de præd. min.* Asi pues, no podrá enagenarse sin la autorizacion del magistrado un derecho real que recaiga en cosa inmueble, l. 7. C. *de præd. min.* y allí Bald., Glos. y DD. en la l. 1. C. *si advers. trans.* y véase lo que de d. l. 7. deduce Juan Andr. en las adicion. al Specul., rubr. *de pact.* Qué dirémos si se cediere una accion que compete para exigir alternativamente 100 pesos, ó un inmueble? Bart. y Ang. en la l. 75. §. 3. D. *de leg.* 1. dicen que la validez de la cesion penderá de lo que resolviere pagar el deudor. Y si el pupilo no tuviese respecto de una cosa mas derecho que el de la posesion? v. Nicol. de Neap. en la l.

si lo fiziere alguno por pagar las debdas (127) que ouiesse dexado el padre del huerfano, o por casar (128) alguna de las hermanas del moço, ó por casamiento del mismo

5. §. 5. D. *de reb. eor.* — * La misma autorizacion y en iguales casos necesita el menor que ha alcanzado la venia de edad, l. 3. C. *de his qui veniam;* véase la glos. 12. del tit. 5. Part. 5.

(127) Añad. l. 60. tit. 28. Part. 3. y l. 4. tit. 5. Part. 5. y lo que allí dije.

(128) Concuerda con la l. 12. §. 3. D. *de admin. tut.*, por la que se ve que esta disposicion debe limitarse á la hermana por parte de padre; asi opinan la Glos. y Bart. en d. l. y Bald. en la l. 14. C. *de jur. dot.* 2. lect.: añad. la Glos. y Salic. en la l. 16. C. *de admin. tut.* y hace al propósito la l. 4. D. *ub. pup. educ. deb.* junto con la Glos. en d. l. 12. §. 3. Ademas, dicen los DD. que la disposicion de que se trata no debe estenderse á la hermana que no carece de bienes; de todo lo que se seguirá que, aun cuando el huérfano tuviese una hermana pobre de parte de madre, no tendria obligacion de dotarla; y asi lo decide claramente Az. en la Sum. C. *de admin. tut.*, col. 4. vers. *itèm dotem.* Obsta vivamente á lo dicho el que á semejante hermana se le deben los alimentos, l. 13. §. 2. D. *de admin. tut.*, l. 1. D. *de tut. et rat. distr.* Glos. y Bart. en la l. 5. pr. D. *de lib. agnosc.*, Salic. en la l. 1. C. *de al. lib.* y Juan de Imol. refiriéndose espresamente á la hermana de parte de madre en la l. 1. col. 3. D. *solut. matrim.*: obsta tambien el que hay obligacion de alimentar al hermano natural pobre, auth. *licet* C. *de nat. lib.* Ahora bien: procede el argumento de la obligacion de alimentar á la obligacion de dotar, segun Jacob. de Aret., Pedr., Cyn. y Bald. en d. l. 14. C. *de jur. dot.*: luego parece que tambien deberá dotarse á la hermana de parte de madre, en cantidad correspondiente á los alimentos; pues que lo que se manda ó permite en virtud de cierta causa, debe limitarse ó moderarse, segun la misma, l. 7. D. *de exercit.* Ademas, Bart. de acuerdo con Cyn. asienta que la madre que deba alimentar á su hija, deberá tambien dotarla, si el padre es pobre; y lo mismo opina Bald. en la auth. *res quæ* C. *comm. de leg.*; de lo que se deduce que el padre deberá dotar á la hija natural que carezca de bienes, pues que le debe los alimentos: y á la l. 41. §. 11. D. *de leg.* 3., se contesta que debe entenderse de la hija natural que posee algunos bienes, ó que puede procurarse una dote por medio de un trabajo honesto; de otra suerte el padre debiera dotarla, segun Bald. en d. l. 14.: véase sobre este punto lo anotado por Bald. nov. en el tratado *de dote*, fol. 12., col. 4. Empero Juan de Imol. en la l. 1. D. *solut. matrim.*, col. 3., dice que no puede equipararse la obligacion de dotar con los alimentos, los que se suministran en pequeñas cantidades, al paso que la dote supone un desembolso mas ó menos cuantioso; y aduce en prueba, que el padre natural, si bien debe alimentar á la hija, no carga con la obligacion de dotarla; y que, á pesar de que el hijo debe alimentar á su madre y á las hermanas uterinas, d. l. 5., con todo no está obligado á dotarlas, d. l. 12. §. 3. Impugna tambien la equiparacion de la dote y los alimentos Alex. en d. l. 1. D. *solut. matrim.*, col. 6.; impúgnala tambien en la l. 62. pr. D. *ad Trebell.*, y asienta en términos espresos que el hermano no está obligado á dotar á la hermana de parte de madre. Esta parece ser la opinion mas general, como latamente manifiesta Jas. en d. l. 1. col. 7.: empero adviértase por lo que mira á la hija natural, que segun Alex. en d. l. podrá admitirse la obligacion de dotar en el padre ó madre, esto es, en cantidad que corresponda á los alimentos. Viniendo ahora á nuestra ley de Part., observamos que ella habla de la hermana, sin distinguir; de consiguiente parece que tambien deberá dotarse á la que lo sea de parte de madre tan solo, siempre que careciere de bienes, no debiendo empero esceder en este caso la dote de la cantidad indispensable para los alimentos: y la cit. l. 12. §. 3. puede entenderse de la hermana que no es enteramente pobre, ó bien de la dote que escediera en cantidad á los alimentos: esta opinion es justa y se halla apoyada por la autoridad de Bart., Bald. y otros, quienes arguyen de los alimentos á la dote. Sin embargo, esto no deja de ofrecer dificultad; asi pues medítelo el lector; y en el caso de adoptarse la opinion de Bart. y Bald., deberia volver la dote al hermano caso de morir la hermana, si no la constituyó espontáneamente, segun lo anotado por Bald. en la l. 14. C. *de fideicom.* y Bald. nov. lug. arriba cit. Pudiera tambien decirse que en la cit. l. 12. §. 3. se dijo que no debia dotarse á la hermana que procediese de distinto padre, porque de ordinario es al padre á quien incumbe la obligacion de dotar, l. 19. D. *de rit. nupt.* y l. 8. tit. 11. Part. 4., de lo que se seguiria que en los mismos casos en que la madre debe dotar á la hija, tendria obligacion de hacerlo el hermano uterino. Añádase en interpretacion de esta ley que aun cuando sea clérigo el hermano, deberá dotar á su hermana nacida de un mismo padre, si ella carecie-

(129), o por otra razon derecha (130) que lo ouiesse de fazer, non lo podiendo escusar (131) en ninguna manera. E aun estonce non lo puede fazer sin otorgamiento del Juzgador: e el Juez le deue otorgar, si entendiere que tal enagenamiento se faze por alguna de las razones sobredichas. Pero non deue consentir que la casa que fue del padre, o del auuelo del huerfano, en que él nascio (132), se enagene en ninguna manera, podiendolo escusar. Otrosi non deuen vender, nin enagenar los sieruos (133), que luengamente ouiessen estado en casa del padre, porque estos atales suelen ser prouechosos en la casa, e son sabidores de los bienes del finado; mas los otros que entendiesse que podrian ser dañosos, bien los puede vender, e el precio dellos deuelo meter en pro del huerfano.

LEY 19. *En que lugar deue ser criado el huerfano, e con quien.*

Criarse deue el huerfano en aquel lugar, e con aquellas personas, que mando el padre (134), o el auuelo en su testamento. E si por auentura, en el testamento de ninguno dellos non fuesse esto puesto, estonce el Juez del logar deue catar con grand femencia, e escoger algund ome bueno, que ame la persona del huerfano (135), e el prouecho del; e que sea atal, que muriendo el moço, non aya derecho de heredar (136) lo suyo. Pero si ouiesse madre (137), que fuesse muger de buena fama, bien le puede dar el fijo, que lo crie, e ella puedelo tener mientras mantouiere (*d*) biudez, e non casare. Mas luego que casare (138), deuen sacar el huerfano de su poder.

(*d*) castidat et non casare, Acad.

re de bienes con que dotarse, Anton. y Abb. en el cap. *pervenit*, *de arbitr.*, y añade el último que el clérigo, sin temor de faltar á su conciencia, puede dotar á dicha hermana con los réditos del beneficio ó prebenda.

(129) Concuerda con la l. 22. C. *de admin. tut.*, junto con la Glos. sobre la palabra *vel in dotem*: v. Bart. y Juan de Imol. en la l. 6. D. *solut. matrim.*, el mismo Bart. en la l. 24. D. d. tit., col. 13. y en la l. 8. C. *de præd. min.* y Bald. en la l. 1. C. *si advers. dot.*

(130) Espresa otros casos la Glos. en la l. 12. C. *de præd. min.*: otro caso tenemos en la l. 4. tit. 5. Part. 5.; véase allí lo que dije. Indica otro Bald. nov. en el tratado *de dote*, fol. 23., col. 3., á saber, cuando se trata de sacar del cautiverio á una persona conjunta, auth. *si captivi* C. *de episc. et cler.*, junto con la nov., de donde deriva, y l. 6. tit. 7. de esta Part. Véanse otros casos en Az., Sum. C. *de admin. tut.*, col. ult.

(131) Deberá pues hacerse, previo conocimiento de causa, l. 5. §. 9. D. *de reb. eor.* y d. l. 12. C. *de præd. min.* y el Specul. tit. *de empt. et vendit.*, §. *nunc dicendum restat*, vers. *hoc quoque*, donde trata latamente esta materia. — * Adviértase que la enagenacion debe verificarse poniendo la cosa en almoneda pública por treinta dias, despues de obtenida la autorizacion del magistrado, l. 60. tit. 18. Part. 3.

(132) Concuerda con la l. 22. C. *de admin. tut.*

(133) Concuerda con d. l. 22. vers. *ante omnia.*

(134) Sin embargo, podrá alguna vez el magistrado separarse de lo ordenado por el padre, l. 1. pr. D. *ub. pup. educ. deb.*, l. 7. D. *de ann. leg.* y v. Bald. en la l. 1. C. *de confirm. tut.*

(135) Añad. l. ult. C. *ub. pup. educ. deb.*, l. 5. D. d. tit., donde se previene que la huérfana no se entregue á persona que pueda atentar á su pudor. Bald. en la l. 1. D. d. tit. trata de la que se halla en poder de la persona con la que está desposada, y resuelve que si la huérfana es menor de siete años, entonces son de ningun efecto los esponsales; empero si fuere mayor de siete años y entregada legítimamente al esposo por el padre ú otra persona autorizada, debe quedar en su poder; pero no si la entrega se hizo por persona que carecia de facultades para verificarla, mayormente, si el enlace no fuese acertado; y al fin concluye que en este punto todo pende del arbitrio de buen varon, ó lo que es igual, del arbitrio del magistrado: v. Alex. cons. 161. col. ult. vol. 5. y San Crisost. sobre San Mat. Homil. 4.ª, donde dice que la desposada solia educarse en compañía de su futuro esposo: y véase á Bart. en la disput. que empieza, *quæritur utrum judex.*

(136) Concuerda con d. l. ult. C. *ub. pup. educ. deb.* y con las ll. 1. y penult. D. d. tit. Dice Bald. en el cap. 1. *qual. deb. vasal. per dom. fidel.*, que las personas que viven con aquel á quien deben heredar son siempre sospechosas; si bien puede desvanecerse esta sospecha por medio del juramento, Glos. en d. cap. No obstante si esta sospecha fuere desvanecida por otras presunciones, el juez podrá encargar la crianza del pupilo al sucesor inmediato del mismo, Socin. cons. 193. vol. 2.

(137) En efecto, á nadie mejor que á la madre puede encomendarse la crianza del huérfano, l. 1. C. *ub. pup. educ. deb.*

(138) Añad. d. l. 1.: en este caso no solo la madre, sí que tambien el padrastro se con-

porque dixeron los Sabios, que la muger suele amar tanto (139) al nueuo marido, que non tan solamente le daria los bienes de sus fijos, mas aun, que consintiera en la muerte dellos, por fazer plazer a su marido.

LEY 20. *Quanto deuen dar al huerfano de sus bienes, para gouierno de si, e de su compaña.*

Gouernados deuen ser los huerfanos de sus bienes, en esta manera. Ca deue el Juez del lugar establescer, segun su aluedrio, e la riqueza del moço (140), cierta quantia de pan, e de vino, e de dinero; que les den cada año para su gouierno, e para su vestir del, e de su compaña; catando todavia (141), que de la renta, e de los esquilmos de los bienes del huerfano, salgan estas despensas, e que todo lo al le finque en saluo, si se pudiere fazer (142). Pero si el guardador entendiesse, que seria daño del moço en descobrir la riqueza, o la pobreza del, e por esta razon (143) le gouernasse de lo suyo, espendiendo por el tanto, quanto fuesse guisado, o poco mas, por esta razon; estonce dezimos, que lo puede fazer, e deuele despues el moço quando fuere de edad, pagar todo lo que desta manera ouiesse despendido por el.

LEY 21. *Fasta quanto tiempo deue durar la guarda, e el oficio de los guardadores de los huerfanos; e como deuen dar cuenta de los bienes dellos.*

Durar deue (144) el oficio de los guardadores, fasta que los huerfanos sean de edad de catorze años, si fueren varones; e si fueren mugeres, fasta que sean de doze. Otrosi se acaba tal guarda como esta, por muerte, o por desterramiento (145) del guardador, o del huerfano. Esso mismo seria, si tornasse en

sideran incapaces para encargarse de la crianza del huérfano; lo que Bald. en la l. 6. C. *ad Tertyll.* entiende del supuesto que exista un sugeto mas idóneo á quien pueda encomendarse, pues que la eleccion de la persona con quien deba morar el pupilo pende del arbitrio del juez, y alega la nov. 22. cap. 38.: tambien Alber. en d. l. 1. al fin opina que, aun cuando la madre pasare á segundo matrimonio, podrá quedar en su poder el huérfano, si cesa toda sospecha, por ej., si no debiese heredar al mismo pupilo, por tener este sustituto, y ademas es conocida por sus costumbres irreprensibles, añadiéndose que esa misma circunstancia adorne al padrastro: empero en caso de duda, se tendrá por sospechosa.

(139) Añad. l. 4. de este tit. y lo que allí dije; v. Bald. en la l. 1. C. *de leg.*, col. ult. vers. *ultimo quæritur*, y en la l. 1. C. *ub. pup. educ. deb.* y en la l. 8. C. *de impub. et al. substit.*, col. 6., donde dice, *et hoc verum, nisi mater transeat ad secunda vota, nam tunc præsumitur ardere amore magis ac secundum virum, quam ad filios*, l. *neque tutores* C. *de admin. tut.*

(140) Concuerda con la l. 2. D. *ub. pup. educ. deb.* y con la l. ult. C. *de alim. pup. præst.* Debe el juez proceder con moderacion al fijar los alimentos, procurando que quede algun remanente de los réditos del patrimonio, l. 3. §. 1. D. *ub. pup. educ. deb.* Empero si los réditos no bastan, le será lícito al tutor echar mano de los capitales? Alber. en la cit. l. 3. dice, que varios jurisconsultos de grande crédito opinaron que antes que desmembrar el patrimonio, debia permitirse que el pupilo mendigara; empero él opina lo contrario, mayormente si el huérfano fuese noble, y añade, que parece terminante la l. 3. pr. D. *de contr. jud. tut.*; véase el cit. D.

(141) Concuerda con d. l. 3.; véase lo que dije en la glosa anterior.

(142) Nótense estas palabras, las que vienen en apoyo de la opinion de Alber. indicada en la glos. 140.

(143) U otra: lo mismo creo que tendrá lugar, aun cuando sin causa alguna el tutor hubiese dejado de solicitar la tasacion de los alimentos, y parece probarlo la l. ult. C. *de alim. pup. præst.*

(144) Concuerda con el pr. Instit. *quib. mod. tut. fin.* y con la l. 12. de este tit.; v. l. 5. §. 5. D. *de admin. tut.* y allí Bart. En cuanto á la tutela de la persona del rey, esto es, si concluye, ó no, con la pubertad, véase Alber. en la rubr. C. *quand. tut. vel curat. ess. desin.* y lo que dije en la l. 3. tit. 15. Part. 2.

(145) Concuerda con el §. 3. Instit. *quib. mod. tut. fin.* Entiéndase del destierro que priva de los derechos de ciudadano, d. §. ¿Qué dirémos si al tutor se le hubiese prohibido entrar en la ciudad por causa de algun delito ó falta? v. Nicol. de Neap. en la l. 13. D. *de tutel. et ration. distr.* y la l. 3. C. *qui pet. tut.* y allí Alber., el cual concluye que si á consecuencia de la interdiccion pierde la ciudadanía, dejará de ser tutor, segun el §. 4. Inst. *quib. mod. tutel. finit.* Sobre los casos en que se pierde semejante derecho, véase el §. 4. Instit. *de cap. diminut.* Téngase presente que la palabra *desterramiento* usada en estas leyes de

seruidumbre (146), o catiuassen a qualquier dellos. E aun decimos, que si alguno fuesse dado por guardador á tiempo cierto, o so condicion, que se acaba tal guarda, cumpliendose el tiempo, o fallesciendo la condicion. Otrosi decimos, que se acabaria tal guarda como esta, si porfijassen al huerfano, o al guardador, seyendo de aquellos guardadores que son llamados legítimos (147). E aun se acabaria, quando el guardador se escusasse de lo ser, por alguna razon derecha; o si le tirassen de la guarda por sospechoso. Pero en qualquier destas maneras sobredichas que se acabe el oficio del guardador, tenudo es luego de dar buena cuenta (148), e verdadera, de todos los bienes del huerfano, tambien mueble como rayz; e entregarlo todo a el mismo, e a su guardador, que es llamado Curator. E para esto cumplir, es obligado, tambien el guardador, como sus fiadores (149), e sus herederos (150), e todos sus bienes (151), al huerfano, e a sus herederos.

TITULO XVII.

POR QUE RAZONES, LOS QUE SON ESCOGIDOS PARA GUARDADORES DE LOS HUERFANOS, SE PUEDEN ESCUSAR QUE LO NON SEAN.

Escusanse los omes que son dados por guardadores de los huerfanos, e de sus bienes, poniendo razones ciertas ante si, e guisadas, porque muestran, que non se han de trabajar de la guarda dellos. Onde, pues que en el titulo ante deste fablamos, de como tales guardadores como estos deuen ser escogidos; queremos aqui contar las razones, porque se pueden escusar de tal guarda, cuando non la quieren fazer, o non pueden. E diremos, que cosa es tal escusa como esta. E que razones son aquellas, por que pueden esto fazer. E ante quien. E en que manera. E fasta quanto tiempo puede aquel que es escogido por guardador, poner tal escusa como esta.

LEY 1. *Que cosa es Escusanza.*

Escusança tanto es (1) como mostrar alguna razon derecha en juyzio, por que aquel, que es dado por guardador de algun huerfano, non es tenudo de recebir en guarda a el, nin a sus bienes. Pero non ha porque mostrar escusança ninguna, el que es dado por guardador de huerfano, seyendo el menor (2) de veyte e cinco años, porque estos atales non lo pueden ser, maguer quieran.

LEY 2. *Que razones son aquellas por que se puede escusar el que es guardador de algun huerfano, que lo non sea.*

Razones ciertas son, porque los omes se pueden escusar (3), que non sean guardadores de huerfanos. La primera es, quando aquel que es dado por guardador, ha cinco (4) fijos naturales, e legitimos biuos. Pero si

Partida, no debe entenderse de cualquier pena de destierro impuesta por el juez.

(146) Concuerda con el tit. Instit. *quib. mod. tut. fin.* y con Az. en la Sum. C., *quand. tut. vel curat. ess. desin.*

(147) V. l. 7. D. *de cap. demin.*

(148) Sobre este punto, véase el tit. D. *de tut. et rat. distr.* y Az. en la Sum. C. *arbitr. tut.* Si el tutor no diere cuentas, se le aplicará la pena de la ley *Cornelia de falsis*, l. 1. §. 9. D. *ad l. Corn. de fals.* y allí Bart.—*Adviértase que á los tutores y curadores les corresponde la décima de todos los frutos asi naturales como civiles, por el trabajo de la administracion, l. 3. tit. 3. lib. 4. del Fuero Juzgo y l. 2. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real.

(149) Véanse los tits. D. y C. *de fidejus. tut*

(150) Véase el tit. C. *de hæred. tut.* y el tit. D. *de fidejus. et hæred. tut.*

(151) Téngase pues presente y como cosa especial, que tambien los bienes de los fiadores y de los herederos del tutor se entienden tácitamente obligados al menor.* Añad. l. ult. §. ult. C. *de jud.* y allí Bald.; y véase allí Jas., quien, aunque no sin vacilar, estiende la hipoteca á los bienes propios de los herederos; lo que carece de duda por nuestra ley de Part.

(1) Concuerda con Az. Sum. C. *de excus. tut.*

(2) V. §. 3. Instit. d. tit., vers. *minores autem.*

(3) La escusa no debe proponerse por via de apelacion, l. 1. §. 1. D. *cuand. apell. sit* y alli Bart. Si el tutor se escusare maliciosamente y sin justa causa, será responsable del perjuicio que entretanto sienta el pupilo.? Asi opina Juan de Plat. en la rubr. C., *de excus. mun.*, arg. l. 21. §. 1. D. *de appell.* y ll. 1. 2. y 3. C. *si tut. vel curat. fals. alleg. excus. sit.* Ademas, si el tutor á quien asista legítima escusa, hubiese faltado á la verdad al proponerla, no quedará libre del cargo de la tutela, l. 37. D. *de excus. tut.* y Juan de Plat lug. arriba sitado.

(4) Concuerda con el pr. Instit. *de excus. tut.* y con la ley 2. §. 2. D. d. tit. Adviértase

alguno ouiesse perdido de los cinco fijos vno, o mas, en batalla (5) en seruicio de Dios, (a) e del Rey, bien puede ser contado entre los biuos, e escusarse el padre por esta razon, de ser guardador. Otrosi se pueden escusar, que non sean guardadores, todos aquellos que han de recabdar las rentas del Rey (6), e los que son sus mensajeros (7), e los que han de (b) judgar (8), e cumplir la justicia por obra. Pero si alguno destos ouiesse recebido en guarda algun huerfano ante que lo ouiessen dado aquel oficio, non se podria despues escusar (9) por esta razon, que lo non ouiesse en guarda. Otrosi dezimos, que si algun guardador (10) de huerfanos ouiesse de yr en seruicio del Rey, por su mandado, a alguna parte que fuesse muy lueñe; o fuese alla, por seruicio, o por procomunal de la tierra en que biue; este atal deuenle atender, fasta que venga. Pero deue dexar los moços, e sus bienes en guarda, e en recabdo de tal ome, que piense bien dellos, de mientra que el tornare. E quando viniere, deue cobrar, e auer los huerfanos en su guarda, bien assi como los tenia en ante. E aun dezimos, que desde aquella sazon que viniere fasta vn año (11), non le deuen dar otro huerfano nueuamente en guarda; fueras ende, si pluguiere a el mesmo, de lo rescebir. Otrosi decimos, que si acaesciesse algun pleyto granado (12) de nueuo entre el guardador, e el huerfano, sobre toda la heredad del moço, o sobre alguna partida grande della, que por tal razon como esta bien se puede escusar el guardador, que non haya en guarda el huerfano. E aun dezimos, que auiendo algun ome tres guardas (13) de huerfanos, si acaesciesse que le quieran dar otro en guarda, bien se puede escusar por tal razon como esta, que non reciba la quarta guarda. Otrosi, el que fuesse tan pobre, que non ouiesse al, por que guarescer, si non por lauor de sus manos (14), bien se puede escusar que non sea guardador de huerfano. Otro si se podria escusar que non fuesse guardador, el que fuesse enfermo (15)

(a) ó del Rey. Acad.
(b) judgar por él Acad.

que el número de 5 hijos libra de las cargas personales, y que para eximirse de las reales, es preciso tener ora 12., ora 16., l. 24 C. *de decur.* y allí la Glos. y Juan de Plat. y l. 5 §. 2 D. *de jur. immun.* y allí Bart. Empero algunos citados por Juan Andr. en la reg. *decet in Mercur.* sostuvieron que únicamente el número de 16 hijos bastaba para librar de los cargos patrimoniales, arg. de d. 5. §. 2. y l. 5 C. *de mun. patrim.* esceptuando únicamente los decuriones para los cuales el número de 12 hijos producc. exencion, segun d. l. 16., y esta opinion parece adoptarse por la Glos en la ley 1. C. *de num. lib.*, y la sostiene Bald. diciendo ser la verdadera. Sin embargo, varios DD. sostuvieron la de la Glos. en d. l. 16., segun refiere Alex. en las adiciones; añad. Bart. en d. l. 5 §. 2 y el cons. 123., vol. 5.: segun esta opinion el que tuviese doce hijos se libraria de las derramas, Bart. en d. §. 2. Como mas benigna, deberémos adoptarla, segun Ang. en el tit. Instit. *de excus. tut.*, col. 3. donde añade que asi lo ha observado en la práctica.

(5) Concuerda con la l. 16. D. *de excus. tut.*, con el pr. Instit d. tit. y con el §. 10 Instit. *de adopt.*

(6) Concuerda con el § 1. Instit. *de excus. tut.*: Ang. Aret. en d. §. asienta que no debe distinguirse entre la administracion de las cosas fiscales y de los bienes patrimoniales del Príncipe, l. 41. pr. D. d. tit. y l. 3. C. *de quadr. præscript.* — * Esta, mas bien que escusa es incapacidad, segun la l. 14. del tit. anter., la que declara incapaces de la tutela á los que tuviesen sus bienes obligados por administrar ó haber administrado las rentas reales.

(7) Concuerda con el §. 2. Instit. *de excus.*

(8) Concuerda con el §. 3. d. tit.

(9) V. dd. §§. y limítese esto por la l. 30. D. *de excus.* — * Esto no puede comprender á los que administran ó han administrado las rentas reales, pues que son incapaces, como se ha dicho en la glos. 6.

(10) Añad. d. §. 2.

(11) V. d. §. y l. 10. pr. D. tit. cit. y allí Nicol. de Neap.

(12) Concuerda con el §. 4. Instit. d. tit.— * La l. 14. del tit. anter. declara incapaz de la tutela al deudor del pupilo; luego con mayoría de razon deberá decirse incapaz el que moviere al huérfano un pleito de cuantía.

(13) Concuerda con el §. 5. Instit. d. tit. y con las ll. 5., 6. y 11. §. 16. vers. *si quis* D. d. tit. Empero las tres tutelas no serán bastantes para eximir de los cargos que sean por naturaleza públicos, atendidas la utilidad y la autoridad, l. 2. C. *de excus. mun.* y allí Juan de Plat.

(14) Concuerda con el §. 6. Instit. *de excus.*; véase allí la Glos. Sin embargo la pobreza no escusa de la prelacía, v. Glos. en el cap. 1., 12. q. 3.

(15) Concuerda con el §. 7. Instit. *de excus.* Por lo que mira al caso que la enfermedad sobreviene, despues de aceptado el cargo de la tutela, véase la l. 40. D. d. tit.: y sobre esta materia v. Juan de Plat. en la l. 3. C. *de*

de tal enfermedad, de que nunca pudiesse guarescer. E aun, el que non supiesse leer, nin escreuir (16), si fuesse tan simple, o tan necio, que non se atreuiesse a fazer la guarda con recabdo. E aun se podria escusar de la guarda del huerfano, el que ouiesse auido grand enemistad capital (17) con el padre de aquel que le quisiesse dar en guarda. E capital enemistad es dicha (18), quando aquel que es dado por guardador del huerfano, acuso el padre del, de cosas que si le fuessen probadas, que le deuian matar porende, o ser mal enfamado; o si le ouiesse assechado (19) en otra manera, por lo matar; o si ouiesse seydo su enemigo conoscidamente (20), e non fuesse despues fecha paz (21) entre ellos. E escusarse podria otrosi de la guarda, aquel a quien ouiesse mouido pleyto de seruidumbre (22) el padre del huerfano o el al otro. E otrosi el que fuesse mayor de setenta años (23), o menor de veynte e cinco (24).

LEY 3. *Como los Caualleros, e los Maestros de las sciencias, se pueden escusar que non sean guardadores de otri.*

Cauallero que estouiesse en Corte del Rey, o en otro lugar señalado por mandado del, o por pro comunal de la tierra, bien se puede escusar (25), que non tome guarda de huerfano, por razon de aquel seruicio que faze. Otrosi el que fuesse Maestro de Gramatica (26), o de Rhetorica, o de Dialectica, o de Fisica (27), mostrando su sciencia a los Escolares, e obrando por ella (28) en su tierra, o en otro logar por mandado del Rey (29), bien se puede escusar qualquier dellos, que non sea guardador del huerfano. Esso mismo seria de los Maestros de las leyes (30) que

decur. y en la l. 3. C. *qui morb. se excus.* y las ll. 10. §. 8. D. *de excus. tut.* y 1. C. *qui morb. se excus.*

(16) Concuerda con el §. 8. Instit. *de excus. tut.*; v. Juan de Plat. en la l. 6. C. *de decur.* y l. *atletæ*, §. ult. D. *de excus.* — * Esta escusa y la que precede deberán tambien calificarse de verdaderas incapacidades, l. 14 del tit. anter. vers. ult.

(17) Concuerda con el §. 9. Instit. *de excus. tut.* y con la l. 6. §. 17. D. d. tit.

(18) Tenemos aqui cuál sea la enemistad capital, en lo que concuerda nuestra ley con la Glos. en d. §. 9.; v. Bart. en la l. 3. §. ult. D. *de adim. leg.*

(19) En efecto, no solo la ofensa arguye enemistad, sí que tambien la tentativa de ofender. Se presume tambien del hecho de contraer parentesco ó de confederarse con nuestro enemigo; v. Bald. en la l. 28. C. *de inoff. testam.*

(20) Es decir, que la enemistad sea probable ó razonable y que sea efecto de una causa capital; v. Bald. en la l. 4. C. *de his quib. ut indign.*, col. 1. La enemistad se presume una vez probada la causa; considérase por enemigo al que en virtud de conjeturas evidentes se teme que lo sea, Bald. en la l. 30. al fin C. *de testam.* y en el cap. 1. *quib. mod. feud. amit.*, col. 5.: véase al mismo Dr. en el tit. *de pac. Constant.* en la parte, *ad indignationem.*

(21) Presumiráse pues, que la enemistad subsiste, mientras no se pruebe lo contrario, l. 5. C. *fam. ercisc.* y allí Bald. y v. Socin. cons. 37., col. 3. vol. 3. ¿Qué dirémos si la reconciliacion es reciente? V. Felin. en el cap. *cum oporteat*, *de accus.*, col. 4.

(22) Concuerda con el §. 2. Instit. *de excus. tut.*, junto con la Glos.

(23) Concuerda con el §. 13. Instit. d. tit. ¿Qué dirémos de los otros cargos y de los destinos honoríficos? V. Juan de Plat. en la l. 10. C. *de decur.*

(24) Véase la l. 4. del tit. ant.

(25) Y ni aun cuando quisieren, se les permite encargarse de la tutela, l. 4. C. *qui dar. tut. poss.*, Instit. §. 14. *de excus.* y l. 14. del tit. ant.

(26) Concuerda con el §. 15. Instit. *de excus.* y con la l. 6. §. 1. d. tit.

(27) A los médicos, dice la cit. l. 6. §. 1. que antiguamente se les apellidaba *circulatores*; y es porque discurrian por la ciudad curando los enfermos: la Glos. en d. l. añade llamárseles tambien *Parabolani*, atendido que no son escasos de palabras. Bajo el nombre de médicos no vienen comprendidos los encantadores y demas de semejante ralea, Bald. en la l. 1. C. *mand.*

(28) L. 6. §. 9. D. *de excus. tut.*

(29) De otra suerte, á los que enseñan fuera de su patria no se les libra del cargo de la tutela. Sin embargo parece que deberémos esceptuar aquellos hombres eminentes que do quiera que enseñen, sirven indirectamente á su patria, en cuanto ella se envanece con su nombre, d. l. 6. §. 9. y allí Bald. de acuerdo con Jacob. de Aret. Ademas, parece que tambien podrán escusarse de la tutela los que aunque fuera de su patria, enseñan en una ciudad que goza del privilegio de estudio; en efecto, enseñando entonces en fuerza de concesion real, es lo mismo que si lo hicieren en Roma ó en la patria comun, §. 15. Instit. d. tit. y allí Ang. Aret. y Alber. en la cit. l. 6. §. 7.

(30) Concuerda con las ll. 30. y 6. §. 12.

siruen a los Reyes, biuiendo con ellos por sus Juezes, o por sus Consejeros. E aun dezimos, que los Filosophos (31), que muestran el saber de las naturas, se pueden escusar, que non sean guardadores de huerfanos contra su plazer. Otrosi dezimos, que el que fuesse dado por guardador al moço menor de catorze años, desque le aya guardado fasta que sea desta edad, bien se puede escusar que lo non haya en su cura (32) dende en adelante, si non quisiere. E sobre todo dezimos, que el marido (33) non deue ser dado por guardador de los bienes de su muger que fuesse menor de edad; porque sospechamos, que la muger, por amor que ha a su marido, non le de mandaria emienda del daño, o del menoscabo, que fiziesse en ellos, e que gelo perdonaria todo de ligero. E porende deue pedir el marido al Juez, que de a los bienes della (34) otro guardador, que sea sin sospecha.

LEY 4. *Ante quien, e en que manera, e fasta quanto tiempo, puede aquel que es escogido por guardador, poner escusa, que lo non sea.*

El que se quiere escusar que non sea guardador de huerfanos, deue mostrar delante del Juez la escusacion que ouiesse, fasta cinquenta dias (35); e deuense comenzar a contar, desde el dia que el supo (36) primeramente, que era dado por guardador. E esto se entiende, si es en el lugar aquel que es dado por guardador, o si es en otro lugar que non sea mas lueñe de cient millas (37). Ca, si mas lueñe fuesse, deue auer estonce por cada veinte millas (38) vn dia, e treynta dias de mas, a que venga mostrar su escusacion. E el Juez, ante quien ouiere a ser mostrada tal escusa, deue fazer, que desde el dia que se començaron a contar los dias sobredichos, fasta cumplimiento de quatro meses (39), sea librado el pleyto, si deue valer, o non, la escusacion. E si aquel que es dado por guardador, mostrare escusa derecha, e non gela quiere caber el Judgador ante quien la mostrare, si se sintiere agrauiado de la sentencia que diere, puedese alçar della (40).

TITULO XVIII.

DE LAS RAZONES POR QUE DEUEN SER SACADOS LOS HUERFANOS, E SUS BIENES, DE MANO DE SUS GUARDADORES, POR RAZON DE SOSPECHA QUE AYAN CONTRA ELLOS.

Sospechas grandes nascen contra los omes que tienen los huerfanos, e sus bienes en guarda, de manera, que los parientes, e los otros que aman la pro de los menores, recelandose que non les venga daño de aquellos

D. *de excus. tut.* Adviértase que en este punto, los profesores de leyes parecen de condicion inferior á los gramáticos y á los demas de quienes la ley hace mérito; empero en varias otras cosas son mas privilegiados, v. l. **8.** tit. ult. Part. 2. y Aug. Aret. en d. §. **15.**

(31) Añad. l. 6. §. 7. D. *de excus. tut.*

(32) Concuerda con el §. **18.** Instit. d. tit. —* La l. 3. tit. 29. lib. 7. Nov. Rec. concede tambien el derecho de escusarse al que tuviere doce yeguas de vientre.

(33) Concuerda con el §. **19.** Instit. d. tit. y con la l. **2.** C. *qui dar. tut. poss.*, v. Glos. en el cap. *Adam.*, 33. q. 5. —* Por la l. 7. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec. el marido al cumplir los **18.** años tiene la administracion de sus bienes y de los de su muger, si fuere menor de edad. La cit. l. se refiere al que se casa antes de cumplir los **18.** años, y á este parece que deberémos limitar el privilegio, pues que su intencion fue el aumento de la poblacion, y por consiguiente procurar que lo mas pronto posible se contragera matrimonio. Por mas que esta disposicion legislativa derive de principios equivocados, ha quedado hasta ahora subsistente; y su espíritu nos parece ser el que llevamos indicado.

(34) Añad. ll. **4.** y **17.** C. *de excus. tut.* De estas palabras junto con lo que precede se infiere que la ley no se opone á que el marido sea curador *ad lites* de su muger, v. Bart. en la l. **31.** §. ult. D. *de procurat.* y Bald. en la l. **1.** al fin D. *de excus. tut.*, donde dice que asi se observa en la práctica: sin embargo, atendida la razon que da nuestra ley, parece que tampoco podria ser nombrado curador *ad lites* el marido, si el pleito fuese de gran cuantía; y asi opina Salic. en d. l. **2.** C. *qui dar. tut. poss.*

(35) Concuerda con el §. **16.** Instit. *de excus. tut.* y con la l. **13.** §§. **1.** y **2.** D. d. tit. Cesa el derecho de escusarse, cuando el tutor hubiere administrado ó dejare que lo confirmasen, l. **16.** D. d. tit. y allí Nicol. de Neap. Glos. en d. l. **13.** §. ult. y l. **2.** C. *si tut. ex fals. alleg.*, junto con la Glos.

(36) Concuerda con la l. **6.** C. *de excus.* y con las ll. arriba citadas.

(37) Tres millas componen la legua, l. **25.** tit. **26.** Part. **2.** y lo que allí dije.

(38) Añad. l. **1.** pr. D. *si quis caut.*

(39) V. l. **38.** D. *de excus. tut.*

(40) Añad. d. l. **6.** C. d. tit.

que los deuen guardar, se han a mouer, para mostrar razones, porque deuen los huerfanos ser sacados de poder dellos. Onde, pues que en el titulo ante deste mostramos las razones, por que ellos mismos se pueden escusar de non ser guardadores, quando non quieren, o non pueden trabajarse dello; queremos aqui dezir de aquellas, porque deuen ser tollidos, de la guarda, maguer se quieran ellos trabajar della. E diremos, quien son aquellos que pueden esto razonar. E en que manera deuen esto fazer. E ante quien. E que pena merescen, si fallaren que algun menoscabo les ficieron.

LEY 1. *Por cuales razones pueden ser tollidos los guardadores de la guarda.*

Aquel guardador puede ser llamado sospechoso (1), que es de tales maneras, que pueden sospechar contra el, que desgastara los bienes del huerfano, o que le mostrara malas costumbres. E maguer este atal fuesse rico (2), e quisiesse dar fiador (3), de guardar, e aliñar los bienes del moço, por todo esso non le deuen dexar en su guarda, porque tal fiadura non le toldria al guardador el mal entendimiento, o la mala voluntad que ouiesse, en gastar lo del huerfano. E aun dezimos, que si el guardador fuere pobre, e de buenas maneras (4), non deuen porende sacar de su poder al huerfano, e dar otros en su lugar. E las otras razones, porque pueden toller a los guardadores los huerfanos, o dar otros en su lugar, son estas: assi como si alguno ouiesse seydo guardador de otro huerfano, e ouiesse procurado mal (5) los bienes del. O le ouiese mostrado malas maneras. O si despues que ouiesse en guarda al moço, fuesse fallado que era su enemigo (6), o de sus parientes (7). O si dixese (8) delante del Juez, que non tenia que dar a comer al moço, e fallasen que dice mentira (9). O si non ficiesse escrito de los bienes del huerfano, a que llaman Inuentario, segund de suso diximos (10). O si non le amparase (11) a el, e a sus bienes en juyzio, o fuera de juyzio. O si se escondiesse (12), e non quisiesse parescer quando supiesse que le auian dado por guardador del huerfano.

LEY 2. *Quien son aquellos que pueden razonar contra el guardador, para darle por sospechoso, e en que manera lo deuen fazer, e ante quien.*

Acusar puede al guardador por sospechoso cada uno del Pueblo (13). E señaladamente (14) es tenuda de lo fazer la madre del

(1) Concuerda con el §. ult. Instit. *de susp. tut.* y con la 5. D. d. tit.

(2) Concuerda con el §. 5. Instit. d. tit.

(3) Pues que el hecho de dar caucion no destruye el temor de las intenciones torcidas del tutor ó curador, l. 6. D. y esta misma l. de Part.

(4) Añad. d. tit. Instit. y l. 31. D. *de reb. auct. jud. possid.*

(5) Presúmese malo el que una vez lo ha sido, l. 3. §. 8. D. *de susp. tut.*; pero entiéndase esto en materia semejante, segun Bart. en la l. 2. al fin D. *de Senat.;* V. Bald. en el cap. 1. *de feud. dat. in. vic. leg. comm.*, col. 2. y en la l. 4. C. *ad exhib.* Sobre el empleado que una vez ha sido removido por causa de delito, véase la l. 12. C. *de suscept., et archar.* y alli Juan de Plat. Por el contrario, presúmese bueno aquel de quien no consta otra cosa, l. 31. §. 11. D. *de ædil. ædict.*, Bald. en la l. 1. C. *locat.* y el cap. *mandata, de præsumpt.*

(6) Añad. l. 3. §. 12. D. *de suspt. tut.*

(7) La cit. l. 3. §. 12. dice *parentibus ejus.* de lo que infiere alli la Glos. que no será removido como sospechoso el que fuere enemigo de los hermanos ú otros colaterales del pupilo: Dyn. y Alber. en la misma ley desechan esta interpretacion, fundados en la l. 23. C. *de excus. tut.;* empero Bart. opina que esto debe dejarse al arbitrio del juez. Nuestra ley, como que habla sin distinguir, parece aprobar la opinion de Dyn.; sin embargo, no nos parece mal el que conforme á la opinion de Bart. se deje este punto al arbitrio del magistrado.

(8) Lo mismo tendrémos, si no procurare que se señalasen los alimentos para el pupilo, Instit. §. 9. *de susp. tut.* y l. 3. §. 14. D. d. tit.

(9) V. d. §. 14.

(10) En la l. 15. tit. 16 de esta Part.

(11) Concuerda con la l. ult. pr. C. *de admin tut.* Bastará un solo hecho de esta clase, para que el tutor sea removido como sospechoso? Asi opina Bart. en la l. 3. C. *de Procurat.* y en la l. 7. §. ult. D. *de susp. tut.* Es removido de la misma suerte el tutor que se resiste á acusar á los que han ofendido al huérfano, l. 5. C. *qui accus. non poss.* y alli Bald.

(12) Concuerda con la l. 7. §. ult. D. *de susp. tut.* Véanse otras dos causas, la una en la cit. l. 3. §. 13. y la otra en el §. 17 de la misma ley.

(13) Concuerda con la l. 1. §. 6. D. *de susp. tut.*, con el §. 13. Instit. d. tit. y con la l. 6. C. d. tit.

(14) En la cit. l. 1. §. 7. se lee, *imò, et*

huerfano, o su auuela, o su hermana, o su ama que lo crio; o otra persona qualquier, tambien muger como varon, que se mueua a fazerlo por razon de piedad. Pero el moço que fuere menor de catorce años (15), non podria acusar a su guardador por sospechoso; mas si fuesse mayor, poderlo ya fazer con consejo de sus parientes. E cada vno destos sobredichos puede acusar por sospechoso, tambien al guardador que fuesse dado alque fuesse aun en el vientre (16) de la madre, como al que fuesse ya nascido; quier fuesse (17) establecido por guardador en testamento, o por razon de parentesco, a quien dizen legitimo; o fuesse dado por otorgamiento del Juez del lugar. E la acusacion (18) de los guardadores que se faze por razon de sospecha deue ser fecha delante del Judgador (19) mayor del lugar, do ha el moço sus bienes, estando delante (20) aquel contra quien es dada la acusacion de la sospecha.

LEY 3. *Como el Judgador de su oficio, puede remouer al guardador de la guarda del huerfano, quando entendiere que es dañoso.*

El Judgador de su oficio (21) puede remouer al guardador de la guarda, maguer non le acuse ninguno, si viere, o entendiere, que faze mal la fazienda del huerfano, en qualquiera manera quier que lo vea, o lo entien-

mulieres admittuntur sed hæ solæ, quæ pietate etc.—* A pesar de que en esta ley no varian los códices, no dudamos afirmar que la letra está equivocada, debiendo decir *puédelo fazer*, en vez de, *es tenuda de lo fazer*: si se hablase únicamente de la madre, abuela y hermana, aun podria sostenerse la leccion, entendiéndose entonces que la pena de privacion de la herencia, impuesta, á semejantes personas y demas parientes en el caso de no pedir tutor para el huérfano, se queria estender al caso que hubiese descuidado instar la remocion del sospechoso: pero no cabe semejante interpretacion refiriéndose tambien la ley á personas estrañas.

(15) Añad. §. 4. Instit. y l. 7. D. d. tit.

(16) Añad. l. 3. §. 3. D. d. tit. y acerca de los locos y pródigos, véase el §. 2.

(17) Tenemos pues que sea cual fuere la clase á que pertenezca el tutor, podrá ser acusado de sospechoso, Instit. §. 2. vers. *nunc videamus*, y l. 1. §. 5. D. d. tit.

(18) Adviértase que no hay necesidad de espresar la causa en el libelo, siempre que no se imputare dolo, Bart. en l. 4. pr. D. d. tit. [En la práctica se espresa la causa; y parece indispensable, pues que segun el espíritu de nuestras leyes no podria admitirse la prueba de los hechos que no estuviesen alegados antes del auto con que se da lugar á ella. A mas de que todo libelo debe contener el fundamento de la accion, el que en nuestro caso consiste en la causa de la sospecha.] Podrá intentarse la acusacion por medio de procurador? Nicol. de Neap. en la l. 29. D. *de excus. tut.* dice que Rayner. estaba por la negativa; empero la l. 39. §. ult. D. *de procurat.* parece probar lo contrario, y Ang. allí sostiene que podrá en efecto intentarse por procurador, cuando la accion fuese meramente civil, es decir, si tuviere por único objeto la remocion del tutor; mas no, siendo criminal: véanse allí los DD. Podrá ser acusado de sospechoso el tutor que aun no se hubiesse encargado de la administracion? V. l. 4. §. ult. D. *de susp. tut.* y Bald. en la l. 1. §. 7. D. *de off. præf. urb.*

(19) Añad. §. 1. Instit. *de susp. tut.* Podrá intentarse la acusacion ante el magistrado que conoce de las causas civiles, ó bien deberá proponerse ante el que entiende de lo criminal? Bald. en la l. 1. C. *si tut. non gess.* cita opiniones opuestas en este punto y dice haber visto instituir esta accion ante un Juez encargado de lo civil, y en él procederá sin dificultad tratándose de culpa y no del dolo: yo tambien he presenciado un pleito de la misma naturaleza en una de las Chancillerias: v. Bart. en la l. 2. §. 2. D. *de susp. tut.*: véase al mismo en dicho lugar, acerca de si en el caso que se instituye la accion criminal deberá espresarse en el libelo lo que se indica en la l. 3. D. *de accus.* En cuanto á si pueden ó no delegarse las causas de esta naturaleza, véase al mismo Bart. en d. l. 1. §. 3. y en la l. 1. §. 11. D. *ad Turpill.* Adviértase que si apareciere que el tutor administra fraudulentamente, no debe concedérsele mas que un corto plazo para su defensa, Bart. en la l. 7. §. ult. D. *de susp. tut.*—* De estas causas conocen y deben en efecto conocer en primera instancia los jueces ordinarios; pues que ni en las leyes de Recop., ni en el Reglamento provisional se las encuentra esceptuadas.

(20) Sobre si podrá, ó no, defenderse por medio de procurador, véase la cit. l. 39. §. ult. D. *de procurat.* y Bart. en la l. 10. D. *de susp. tut.*

(21) Añad. l. 3. §. 4. D. *de susp. tut.*, segun la Glos. en d. l. el tutor no resultará infamado en este caso, aunque fuere removido: sobrere esta misma cuestion véanse allí Bart., y Alber. y Salic. en la l. ult. C. d. tit.; yo espero tratarla

da. Otrosi dezimos, que luego quel guardador es acusado (22) por sospechoso, e el pleyto de la acusacion es començado por demanda (33) e por respuesta, deue el Juez dar a otro ome bueno en fieldad la guarda del mozo, e de sus bienes, fasta quel pleyto sea acabado.

LEY 4. *Que pena merescen los guardadores de los huerfanos, si fallaren que ficieran algund menoscabo en los bienes dellos.*

Tollido seyendo el guardador del huerfano, de la guarda del huerfano por sospechoso, por algun engaño (24) que le ouiesse fecho en sus bienes, dezimos, que finca enfamado porende por siempre, e deue pechar el daño que fizo al huerfano, segund aluedrio del Judgador. Mas si fuesse remouido de la guarda, non por engaño que ouiesse fecho a sabiendas, mas porque fuesse ome perezoso, o de mal recabdo (25), estonce non seria porende enfamado. Pero deuen dar luego algun ome bueno que guarde al moço, e a sus bienes, en lugar del otro. E sobre todo dezimos, que todas aquellas razones e sospechas, que diximos en estas leyes, que han lugar en el guardador del pupilo, essas mismas deuen ser guardadas en el otro guardador, que es dado a los menores de veynte e cinco años, e mayores de catorce, a que dicen Curator (26).

TITULO XIX.

COMO DEUEN SER ENTREGADOS LOS MENORES, SI ALGUN DAÑO, O MENOSCABO, RECIBIERON EN SUS BIENES POR CULPA DE SI MISMOS, O DE AQUELLOS QUE LOS TUUIEREN EN GUARDA.

Menos cabos, e daños reciben muchas vegadas los menores en sus bienes, por mengua de si, porque non han entendimiento cumplido en las cosas, assi como les seria menester; o por culpa, o por engaño de sus guardadores, o de otro. E porende tuuieron por bien los Sabios antiguos que fizieron las leyes, que ellos fuessen entregados de todo su derecho, quando tal daño les acaesciesse por alguna destas maneras. Onde, pues que en los titulos ante deste fablamos de la guarda de los huerfanos, e de sus bienes; queremos aqui decir, de como deuen ser entregados, quando por mengua de guarda reciben algun menoscabo, o daño en ellos. E diremos desta entrega, a que dizen en latin Restitutio, que cosa es. E a que tiene pro. E quales son aquellos menores, que la pueden demandar. E por que razones. E de que cosas. E ante quien. E cuando. E en que manera deue ser fecha.

LEY 1. *Que cosa es Entrega, e a que tiene pro.*

Restitutio en latin, tanto quiere dezir en romance, como demanda de entrega que faze el menor al Juez, que le torne algun pleyto, o alguna postura, que ha fecho con otro, a daño de si, en el estado primero (1) en que

en la l. 5. tit. 6. Part. 7.

(22) Concuerda con el §. 7. Instit. y l. 7. C. *de susp. tut.* y con la l. 14. §. 1. D. *de solut.*, donde puede verse Bart. Sobre el Prelado acusado de sospechoso, v. cap. *venerabili, de offic. deleg.* y el cap. ult. *de accus.* Qué dirémos, si el tutor es tal que, aun cuando sea declarado sospechoso no proceda su remocion, sino que deba dársele un adjunto? V. Bart. en la l. 9. D. *de susp. tut.* junto con el testo, donde concluye que en semejante caso deberá dársele el adjunto y de ninguna manera privársele de la administracion. Empero Salic. sostiene en d. l. 7. y quizá no sin razon, que tambien debe ser privado de la administracion semejante tutor hasta que se nombre el curador adjunto; y entonces podrá en union con este administrar, aun durante la causa, como lo ví en cierto caso, en que la acusacion se dirigia contra la madre.

(23) Concuerda con Az. en la Sum. C. *de susp tut.* : asi pues serán válidos los actos de administracion que ejerza, aunque se hubiese puesto la demanda, con tal que sean anteriores á la contestacion del pleito, Ang. en d. l. 14. §. 1. D. *de solut.*, quien dice haberse juzgado de esta suerte en Perusio, fundándose el tribunal en la autoridad de Az.

(24) Concuerda con el §. 5. Instit. *de susp. tut.* : no bastará pues la culpa lata, para que el tutor incurra en la pena de infamia, Glos. en d. §., Alber. en la l. 4 D. d. tit. y añad. l. ult. C. d. tit. y allí la Glos.

(25) Concuerda con las ll. 4. y 3. §. ult. D. *de suspect. tut.* y con el §. 3. Instit. d. tit. En caso de duda se presume que la remocion se verificó por las causas espresadas en el libelo, Glos. en la l. ult. C. d. tit. y en el cit. §. 5.

(26) Añad. ll. 2. y 5. C. *de susp. tut.* : generalmente hablan sin distincion de entrambos las leyes del Digesto y del Código, assi como las Instituciones en los títulos *de susp. tut.*

(1) Añad. cap. ult. 2. q. 3. §. *abolitio* y cap. *ex litteris*, *de in integr. restit.*, l. 1. C. *de sentent. pass.* y l. 1. tit. 25. Part. 3. Por ahí

ante estaua; e que reuoque el juyzio que fuesse dado contra el, e torne el pleyto en el estado en que era ante que lo diessen. E tiene pro esta en trega a los menores, ca por ella son guardados de daño, que les podria venir por su liuiandad, o por engaño (2) que les ouiessen fecho.

LEY 2. *Quales son aquellos menores que pueden demandar la entrega, e por que razones.*

Menor es llamado aquel que non ha aun veynte e cinco años cumplidos, quanto tiempo quier que le mengue (3) ende. E de tal menor como este se entiende, que si daño, o menoscabo recibiere por su liuiandad, o por culpa de su guardador (4), o por engaño quel fiziesse otro ome, que deue ser entregado de aquelas cosa que perdio, o que se le menoscabo,

se ve en qué términos debe formularse el libelo, cuando se demanda la restitucion por entero, y que no es menester que se determine la causa ni el punto de la lesion, bastando que el menor esprese esta calidad y que salió perjudicado, á causa de su menor edad, ó por dolo de su contrario; v. Bart. en la l. 18. §. 1. D. *de minor.*, donde esceptua el caso en que se pida la restitucion contra una sentencia dada por el príncipe: segun el Spec. tit. *de restit. in integr.*, §. *qualiter*, ni aun entonces seria menester que se individuara la causa de la lesion; empero cita allí á Aubert. que la consideraba indispensable en tal caso, y esto es lo que parece mas seguro. Sin embargo, sostendríase el libelo, en que semejante circunstancia faltara, Alex. en la l. 9. §. 4. D. *de jurejur.*, col. 1. y en la l. ult. C. *de in integr. restit.*; y bastante lo prueba nuestra ley de Part. Por esta ley se ve tambien, que si se pide la restitucion contra la sentencia, el juez no debe pronunciar sobre el fondo de la cuestion, y sí debe limitarse á rescindir dicha sentencia volviendo las cosas á su primitivo estado: añad. l. 1. C. *si advers. lib.* y allí Bald. Adviértase que la restitucion por entero puede pedirse tácitamente, v. Bald. en la l. 9. §. 1. D. *de off. Procons.*, col. 7. —* Creemos que en todo caso será indispensable que al pedirse la restitucion, se fije el punto donde está el perjuicio, porque de otra suerte la parte contraria no podria deliberar si le conviene ó no oponerse, ni preparar su prueba en oposicion á la que debe hacer el menor para demostrar la lesion, arg. l. 4. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec.

(2) Concuerda con la l. 1. D. *de min.* y con la l. 5. C. d. tit.

(3) Añad. l. 3. §. 3. D. *de min.*, donde se espresa que la mayor edad se cuenta naturalmente, ó por momentos, é intercalándose los dias bisextos.

(4) Concuerda con las ll. 3. y ult. C. *si tut. vel curat. interv.* y con la l. 39. §. 1. D. *de min.* Adviértase que tampoco sirve de obstáculo para la restitucion el que ademas del tutor ó curador interviniera el juez en la celebracion del contrato, ú otro acto de que salió perjudicado el huérfano, l. ult. C. *de fidejus. min.* y allí Paul. de Castr.: tampoco obsta el que el tutor ó curador sea el mismo padre del huérfano, l. 29. D. *de min.*: tampoco importa al efecto el que ninguna culpa pueda objetarse al tutor, l. 47. pr. D. d. tit. Sin embargo, si quien celebró el acto fue el procurador del menor, no se concederá á este la restitucion, á no ser que aquel fuese insolvente [ó que por otra causa debiese salir perjudicado el menor, por ej. si se hubiese verificado la enagenacion de un inmueble] l. 23. D. d. tit. y allí la Glos., la que espresa la razon de diferencia [la que parece consistir en que lo obrado por el tutor ó curador, se entiende hecho por el menor; mientras que no se consideran actos de este los de su procurador]. Esceptúese tambien el caso de la l. 13. §. ult. C. *de jud.* y véase la disposicion de la l. 2. C. *de his quib. ut indign.* y allí Bald. El menor puede á su arbitrio reconvenir al tutor ó curador para que le indemnize, ó bien pedir la restitucion por entero, d. l. 3. y l. ult. C. *si tut. vel curat.*: ahora bien, si escoge el primer medio, deberá ceder el beneficio de la restitucion al tutor ó curador, al cual reconvenga? Asi parece atendida la l. 25. D. *de admin. tut.*: puede dicho beneficio cederse, segun la cit. l. y lo anotado por Bald. en ella y en la l. 24. §. ult. D. *de min.* Nicol. de Neap. en la l. 1. pr. D. *de tut. et rat. distr.* se inclina á que únicamente tendrá derecho para exigir semejante cesion el tutor ó curador que no hubiese cometido dolo, arg. l. 3. D. *de admin. tut.* y allí la Glos.; y asi opina tambien la Glos. en el cap. *monemus*, 12. q. 2.; v. l. 1. §. 10. y l. 20. D. *de tut. et rat. distr.* y la cit. l. 25. Adviértase tambien que el fisco goza del mismo beneficio de la restitucion, Juan de Plat. en la l. 1. C. *de sentent. contr. fisc.* En cuanto á la administracion de las rentas públicas, véase al mismo Juan de Plat. en la l. 2. C. *de adm. reipubl.* Sobre la enagenacion de las cosas pertenecientes á la Iglesia, véase la Glos. en d. cap. *monemus*. Si el prelado perjudicare á la Iglesia, puede esta escoger entre la restitucion por entero, la vindicacion de la cosa ó la accion contra di-

Por cualquier destas tres razones (5), prouando el (a) daño, o el menoscabo, e que era menor de veynte e cinco años, quando lo recibio: ca, si esto non fuesse prouado (6), non se desataria lo que fuesse fecho, o puesto con el, o con su guardador.

LEY 3. *Como el menor de veynte e cinco años, o su guardador, puede demandar restitucion, por daño que rescibiesse, conociendo, o negando en juyzio, el, (b) o su abogado, lo que non deuia.*

Conosciendo, o negando (7) en juyzio, el menor, o su guardador, o su abogado, alguna cosa, por que menoscabase, o perdiesse de su derecho; o dexando de poner defension (8), o otra razon, de que se pudiesse aproue-

(a) engaño ó el menoscabo Acad.

(b) ó su guardador ó su abogado Acad.

cho prelado ó sus herederos, para el resarcimiento de los perjuicios, Abb. en el cap. 2. *de in integr. restit.*, col. penult. y añad. l. 6. C. *arbitr. tut.* y allí Bald.

(5) Luego, no le competerá la restitucion, si contrató ó celebró otro cualquier acto, como mayor de edad, l. ult. C. *de in integr. restit.* y l. 6. de este tit.

(6) Añad. l. 11. §. 3. y l. 27. D. *de min.*, l. 9. §. 4. D. *de jurej.*, ll. 4. y 5. C. *de in integr. restit.*, l. 6. de este tit., l. 5. tit. 14. y l. ult. tit. 25. Part. 3.

(7) Añad. l. 6. §. penult. D. *de confess.*, l. 9. §. 2. D. *de min.*, l. 1. tit. 13. Part. 3., y véase sobre la materia á Bald. en la l. unic. C. *de confess.*, col. 13., 14. y 15., donde trata de como debe probarse la lesion resultante de la confesion del menor.

(8) Añad. ll. 18. y 36. D. *de min.* — * Tenemos aqui la restitucion por entero respecto de los actos judiciales; la que, segun esta ley, la l. 8. de este tit. y las ll. del tit. 25. Part. 3., tendia en todo caso á reponer las cosas á su primitivo estado, y podia pedirse en cualquier tiempo durante la menor edad y por todo el cuadrienio legal; de la misma suerte que si se tratara de reparar el daño causado por un negocio estrajudicial. Empero, en este punto se han hecho algunas innovaciones importantes por el Ordenam. de Alcalá y leyes posteriores; innovaciones que, nacidas de observaciones parciales, han barrenado los principios generales que sirvieron de fundamento á las leyes de este tit. y del cit. tit. 25., sin sustituir otros principios en su lugar, y de aqui provienen las graves dificultades que á cada paso surgen en esta materia; de las que estrañamos que no se hayan hecho cargo nuestros prácticos, y en particular el Sr. conde de la Cañada. Consideremos separadamente los principales casos de restitucion en lo judicial, y veamos hasta qué punto el derecho de las Partidas ha sido derogado ó modificado, advirtiéndose que lo que digamos del menor será aplicable á los demas que gozan del beneficio de la restitucion.

1er. caso: *Restitucion para hacer prueba ó mejorarla.* Debe pedirse esta restitucion dentro de los quince dias inmediatos á la publicacion de probanzas, y si se solicitare en segunda instancia, es preciso ademas el juramento de calumnia; con estas circunstancias, háyase ó no hecho prueba por el que pide la restitucion, el tribunal la otorgará concediendo á lo mas la mitad del término que se dió primero para hacer la probanza principal, ll. 3. y 4. tit. 13. lib. 11. Nov. Rec. Las mismas leyes exigen que el que pide la restitucion se obligue á pagar cierta pena para el caso de no probar; mas esta disposicion ha caido en desuso. El objeto de estas leyes fue cortar dilaciones maliciosas y evitar en lo posible el soborno de testigos, que se repetia con frecuencia en las causas de esta naturaleza. Pero podria suceder que no se hubiese abierto la causa á prueba por haber concluido las partes para definitivar en sus escritos de réplica y dúplica, por hallarse conformes en los hechos alegados, y que viniera despues el menor pidiendo la restitucion para probar un hecho distinto: cuando esto suceda, conviene distinguir; ó el hecho viene en apoyo de la accion instituida ó de alguna de las escepciones propuestas, segun sea actor ó convenido al menor; ó bien resulta de aquel una escepcion nueva: en el primer supuesto no son aplicables las cits. ll. de Recop., ya atendida su letra, ya considerado su espíritu, ya porque faltan los términos hábiles para la aplicacion de las mismas, pues que ni hay término probatorio principal, ni publicacion de probanzas; por consiguiente parece que en este punto queda subsistente el derecho de las Partidas: el segundo supuesto entra en la disposicion de la l. 1. del cit. tit. de Recop., de la que vamos á ocuparnos.

2º caso: *Restitucion para poner nuevas escepciones.* Unicamente puede tener lugar en primera instancia y por una sola vez, y ha de pedirse antes de la conclusion para definitiva, l. 1. cit.: ademas, segun lo prescrito en la l. 2. del mismo tit., el que pide la restitucion debe obligarse á pagar cierta pena, si no probare la escepcion que opone; obligacion que

char; puede demandar al Juez, que torne el pleyto en el estado en que era ante, e que non se le embargue su derecho por ninguna destas razones sobredichas; e el Juez deuelo fazer. E de lo que dice en esta ley, e de las otras cosas de que se pueden aprouechar los menores, fablamos assaz complidamente en la tercera Partida deste nuestro libro, en los titulos de los Demandadores, e de los Demandados, e de los Juezes, en las leyes que fablan en esta razon.

LEY 4. *Como el menor se puede escusar de los yerros que ouiere fecho por razon de la edad.*

Si el mayor de catorce años, e menor de veynte e cinco; fuesse acusado que auia fecho adulterio; si conosciere alguna cosa en juyzio, seyendo acusado de tal yerro, empes-

tambien ha caido en desuso, como la del caso anterior. Pregúntase ahora, cuáles serán los efectos de esta restitucion: dedúcese únicamente, y aun á *contrario sensu*, de la última cláusula de la cit. l. 1., que la escepcion podrá probarse no solo por medio de instrumentos y la confesion de parte, si que tambien por la deposicion de testigos: ahora bien, callando la ley en lo restante, quedan en pie los principios generales en materia de restituciones, es decir, que el proceso se repondrá en el estado que tenia á la época en que la escepcion pudo ser opuesta; de lo que se sigue que deberá concederse otra vez íntegro el término probatorio. A lo dicho se agrega que las leyes de Recopilacion no se oponen á que se repita la prueba de testigos, cuando se han alegado hechos nuevos que la requieren.

3er. caso: *Restitucion al efecto de revocar la confesion judicial.* Las leyes recopiladas no han limitado directamente semejante restitucion, y ni siquiera se han ocupado de ella: asi pues, parece que podrá solicitarse mientras no haya concluido el cuadrienio legal, y que tendrá por efecto el rescindir lo obrado desde que la confesion tuvo lugar. Sin embargo, en el supuesto que esta se hubiese verificado antes ó durante el término probatorio, nos hallaríamos indirectamente en oposicion con lo establecido respecto de la restitucion del mismo en las cits. ll. 3. y 4. del tit. 13. lib. 11. Nov. Rec., atendido que el menor obtenia por este camino la restitucion de dicho término pasados los quince dias fatales que se prefijan en d. l. 3., y ademas, en ciertos casos un segundo término mayor que el que la misma ley señala. En fuerza de estas consideraciones podrá opinarse que si bien la restitucion de que se trata, cabe pasados los quince dias desde la publicacion de probanzas, sus efectos se limitarán á rescindir la confesion y á reponer el proceso en estado de alegar en derecho ó de bien probado. Empero, otras consideraciones mas graves podrán presentarse á la conciencia del magistrado, influyendo en sentido contrario: con efecto, en la mayor parte de los casos sucederá que el que litiga con el menor, omita hacer prueba, si este confiesa el hecho: ahora bien, si la confesion desaparece, no es justo que se prive á la parte que se apoyaba en ella, de los medios de suplir el vacío que la restitucion deja; de otra suerte la ley abria el camino á la mala fe, en vez de proteger la debilidad. En vista de estas razones, que con dificultad podrán conciliarse entre sí, no se concibe una solucion general, y de consiguiente parece indispensable que cada caso particular se resuelva, segun el prudencial arbitrio del magistrado, procurando en lo posible que queden intactos los principios.

4º caso: *Restitucion por haber sido incompletas ó equivocadas las alegaciones, ò por no haberse producido algun instrumento público.* Cabe intentar esta restitucion mientras no haya finido el cuadrienio legal, y su efecto será la reposicion del proceso al estado de alegarse en derecho, con la circunstancia de ser admisibles los documentos sin el juramento de nueva noticia: asi lo exigen los principios sentados en la ley que se comenta, y en las demas leyes de Partida arriba citadas, las que en esta parte, ni directa, ni indirectamente han sido modificadas por leyes posteriores.

5º caso: *Restitucion respecto de la sentencia.* El menor puede resultar perjudicado de una sentencia de dos modos distintos: 1º, por ser ella injusta, á causa de precipitacion, ignorancia ó mala fe del que la profirió: 2º, cuando una confesion indiscreta, ó la omision de escepciones ó pruebas, ó lo defectuoso de las alegaciones, hicieron que el juez fallara contra los derechos del menor. En el primer supuesto es muy dudoso que tenga lugar la restitucion, pues que el daño proviene de causa independiente de la condicion del que lo sufre; al paso que la restitucion se concede para reparar el que dimana de la inesperiencia de dicha persona, ó de la falta de interes individual de los tutores, curadores ó administradores; princ. y ll. 1. y 10. de este tit. En el segundo supuesto la restitucion procede aunque no sin escepcion: en efecto, si el menor alega que no obtuvo sentencia favorable por haber dejado de oponer cierta escepcion, ó por haber omitido en todo ó en parte la prueba de testigos, la restitucion ha de dene-

cerle (9) ha lo que conosciere, e recibira porende la pena que manda la ley; e non se puede escusar, por dezir que non es de edad cumplida (10). Mas si fuesse menor de cator

garse, porque de otra suerte el menor conseguiria despues del fallo contrario, lo que la ley no le permitia un momento antes de dicho fallo, á saber, la oposicion de nuevas escepciones y la prueba de testigos; lo que fuera un absurdo. Ahora, si el menor alega que la sentencia le ha perjudicado con motivo de sus confesiones, ó por haber dejado de producir ciertos instrumentos, ó bien por haber alegado mal sobre el derecho ó las pruebas, sus defensores; la restitucion ha de otorgarse por el juez, siempre que aquel se funde en alguno de estos estremos, y lo pruebe ó demuestre, l. 3. tit. 25. Part. 3. Por lo dicho se ve que la restitucion de que tratamos vendrá siempre á parar á una de las restituciones comprendidas en los casos 3º y 4º: en efecto, pedida por ejemplo, la restitucion contra la sentencia, por haberse omitido la presentacion de algun instrumento, el menor no puede conseguir menos de lo que hubiera alcanzado intentando la restitucion por igual causa antes del fallo, esto es, la reposicion del proceso al estado de alegar en derecho ó de bien probado; pues que de otra suerte la restitucion no repararа el daño sufrido: tampoco puede conseguir mas, porque absurdo seria que despues del fallo se concediese al menor, lo que un momento antes del fallo debia denegársele, á saber, la prueba testimonial, y la oposicion de nuevas escepciones.

No impide la restitucion contra la sentencia el que ella admita el recurso de apelacion ó suplicacion; atendido que por medio de estos recursos el menor no pudiera reparar el daño sufrido por causa de confesion ó por la omision de algun instrumento, ó por alegaciones falsas ó incompletas. En efecto, sin la restitucion, aquella no es revocable: de otra parte, cuando el menor salió perjudicado de la omision en presentar algun instrumento ó por las alegaciones de sus defensores, tenemos una instancia perdida para él, y de consiguiente es indispensable la restitucion para que la declaracion de sus derechos descanse sobre el número de instancias que la ley ha reconocido como indispensables. Vienen en confirmacion de lo dicho las palabras terminantes de la l. 1. del cit. tit. 25., donde se dice que la restitucion quebranta los juicios, aunque de ellos no se hubiese interpuesto apelacion. Si se hubiese dejado pasar el término para apelar ó suplicar, cabe la restitucion para interponer semejante recurso; y podrá elegirse entre esta restitucion, ó demandarla directamente contra la sentencia, si esta la admitiese por alguna de las causas indicadas. ¿Qué dirémos de la sentencia con que no se da lugar á la restitucion? ¿podrá tambien contra dicha sentencia intentarse la restitucion? Parece que deberia ser en todo caso inadmisible, so pena de prolongar los litigios hasta lo infinito: sin embargo, podrá tener lugar cuando el menor adujere nuevos fundamentos en que apoyara el recurso; por ejemplo, si lo interpuso fundado en escrituras que al juez le parecieron inconducentes, y presentare despues nuevos documentos, l. 6. de este tit. y ll. 2. y 3. C. *si sæpius in integr. restit. postul.*: fuera de esto no cabe otro recurso que el de apelacion, l. 6. cit. Adviértase que contra la sentencia que no admite suplicacion, no puede intentarse el remedio de la restitucion, l. 2. tit. 21. lib. 11. y l. 5. del cit. tit. 13. Nov. Rec. Es claro que esto no debe estenderse á los casos en que admitiendo aquel recurso, la sentencia se hubiesen dejado pasar los dias marcados por la ley para interponerlo.

(9) La ley no le prohibe reconocer la verdad de semejante hecho, aunque no pudiere ser probado de otra suerte que mediante su confesion, añad. Bald. en la l. un. C. *de confess.* col. 5. Obsta nuestra ley á lo que dice Ang. en la l. 6. §. 5. D. *de confess.*, á saber, que si el menor confiesa en juicio un crímen que de otra suerte no pudiese ser probado, deberá invalidarse la confesion mediante la restitucion por entero, sin que sea menester probar la lesion en semejante caso, pues que ella es evidente; cuya decision ensalza Alex. en d. l. 9. §. 4. D. *de jurej.*, donde tambien puede verse Jas. Podria tal vez decirse que nuestra ley, sin escluir el beneficio de la restitucion, quiere dar fuerza á la confesion, mientras aquella no se demandare; lo que parece comprobarse por aquellas palabras que se leen mas abajo, *ni ha porque demandar restitucion por razon della.* Lo que Bart. dice en la l. 37. D. *de min.*, fundándose en el mismo texto, á saber, que el menor no debe ser restituido contra su confesion, cuando versa sobre un delito atroz, tendrá lugar, si perseverare en lo que confesó, mas nó si dijere que procedió con error; entonces seria aplicable la decision de Ang. y otros: viene en apoyo de esto la Glos. en d. l. 37., §. 1. vers. *in delictis*, la que entiende el texto, del menor que persevera en su confesion.

(10) Añad. l. 37. §. 1. D. *de min.* y l. 1. C. *si. adv. delict.* Sin embargo, el menor podrá ser restituido, respecto de un delito presunto, l. 9. §. penult. D *de min.*, Bart. en la l. 8. d. tit. y

ce años, non podria ser acusado de tal yerro (11), nin de otro de luxuria, por que non cae aun tal pecado en el. E porende, si el fiziesse conoscencia deste yerro en juyzio, non seria valedera, nin ha por que demandar restitucion por razon della. Mas de todos los otros yerros, assi como omicidio, o furto, o de los otros semejantes, que fiziesse, non se puede escusar por razon que es menor, solo, que sea de edad de diez años e medio arriba (12), quando los faze; porque el moço de tal tiempo, tenemos, que es mal sabido, e que entiende estos males quando los faze. Pero non les pueden dar tan grand pena, como a los mayores.

LEY 5. *Por quales razones puede el menor desatar los pleytos, e las posturas, que fuessen fechas a daño de si.*

Quando el menor de edad es porfijado (13) de tal ome, que le muestre malas maneras, o que le desgaste lo suyo, puede pedir al Juez del lugar, que le torne en aquel estado en que era ante que le ouiesse porfijado, e el Juez deuelo fazer. Otrosi dezimos, que si al menor de veynte e cinco años fuesse otorgado poder en testamento de otri, o de otra manera, de escoger alguna cosa quel fuesse mandada; que si por auentura se engañasse en la escogencia (14), cuydando tomar lo mejor, e non lo fiziesse assi, que puede pedir al Juez, que le mande dexar aquella cosa peor que tomo, e tomar la mejor; e el Juez deuelo fazer. E aun dezimos, que si alguna cosa del menor de veynte e cinco años fuesse metida en almoneda, e la comprase alguno, e despues desso viniesse otro que dixesse que daria mucho mas por ella; que puede pedir otrosi al Juez, que torne aquella cosa el que la auia sacado del almoneda, e que la de al otro que da mas por ella (15); e el Juez de-

v. Abb. en el cap. *auditis.* col. 4. *de in integr. restit.* Adviértase que si bien no se concede al menor la restitucion, cuando la pide por un delito que ha cometido; sin embargo no se le deniega, cuando la demanda contra el proceso ó sentencia, Gloss. en las ll. 14. y 15. C. *de pœn.* y Bald. en la primera; lo que debe entenderse en el supuesto que el menor sea el acusado, mas no cuando fuere el acusador, en cuyo caso no se le concede, v. Gloss. en la Clement. *non potest, de Procurat.*, gloss. penult., Spécul. tit. *de in intgr. restit.*, §. *quis autem.*, Bald. en d. l. 37. y Jas. en la l. 1. §. 2. D. *de nov. op. nunc.*, col. ult.

(11) Añad. l. 9. tit. 1. Part. 7, y lo que allí digo, d. l. 37. §. 1. y l. 13. §. 8. D. *ad leg. Jul. de adult.*

(12) Añad. d. l. 9. Entiéndase esto de los delitos que consistan en hechos positivos; pues que tratándose de los que resultan de dejar de hacer algo, el menor podrá evitar la pena, aunque sea capaz de dolo; asi opina Bart. de acuerdo con Dyn. en la l. 1. §. 33. D. *ad Sillan.*, fundándose en el mismo texto.

(13) Concuerda con la l. 3. §. 6. D. *de min.* Por el cambio de estado puede pedir la restitucion el menor, si de dicho cambio salió perjudicado: asi es que no da lugar á ella el hecho de entrar en religion, pues que este cambio de estado no le causa perjuicio, segun Alber. de acuerdo con Guill. de Cum. en la l. 9. §. 4. D. *de min.* y el Specul. tit. *de restit. in integr.* §. *qualiter*, vers. *sed numquid minor.* Tampoco alcanza la restitucion el menor de 25 años, pero mayor de 20., que permitió se le vendiera al efecto de participar del precio, d. l. 9. §. 4, porque como dice alli la Gloss., cambia totalmente su estado.

(14) Concuerda con la l. *et sine*, pr. D. *de min.*

(15) Concuerda con la l. 7. §. 8. D. *de min.* cuya ley véase: muy á menudo se pide la restitucion por esta causa, ya por los menores, ya por el estado, (el cual goza del mismo privilegio que aquellos), cuando subasta las rentas públicas: yo tuve una causa muy árdua de esta naturaleza, en que defendí é hice triunfar los derechos del rey, contra el arrendatario de los de la seda en el reino de Granada. Véase sobre esta materia Alber. en la l. 2. C. *si in. caus. jud.*, donde trata la siguiente cuestion de hecho: el Podestá de Bérgamo subastaba los tributos del territorio, con el consentimiento de los ancianos que presidian el acto: el Podestá tiró su baston al suelo, y dijo que el que quisiere los tributos por mil libras, levantara dicho baston; lo que verificó uno de los concurrentes; empero luego despues se levantó otro, ofreciendo mas: en este caso: dice Alber., que al parecer debia quedar firme y estable la primera subasta, arg. ll. 1. y 2. C. *ne fisc. rem quam vend. evinc.*, ll. 3. 7. y 6. C. *de rescind. vend.*, ll. 2. y ult. C. *de vend. reb. civ.* y l. 8. al fin C. *de remiss. ping.*: empero se inclina á lo contrario, atendido que el magistrado no observó las formalidades que se requieren en semejantes actos, y que no debió tirar el baston cual lo hizo, ni limitar el precio, y si dejar que los licitadores ofrecieran, auth. *hoc. jus porrectum* C. *de sacros. Eccles.*, l. 3. C. *de jur. fisc.*, lo anotado en ella, ll. 1. y 4. C. *de fid. et jur. hast. fisc.*, jun-

uelo fazer, si entendiere que es gran pro del mozo (16). Otrosi dezimos, que faziendo el menor de veinte y cinco años pleyto alguno, o postura, que fuesse a su daño (17), o cam-

to con la l. Gloss.; á mas de que, cuando se trata de actos de esta naturaleza, se requiere la presencia de la mayor parte de los concejales, l. 46. C. *de decur.*, l. 2. C. *de prœd. cur.* y la cit. l. ult. *de vend. reb. civit.* Esto es lo que cree mas acertado Alber., atendido el rigor del derecho, si bien añade, que ha visto prácticas en contrario. Ahora, si hubiesen intervenido todas las solemnidades, cree que no debe admitirse puja, si bien, añade, algunos distinguen entre la venta ó arrendamiento perpetuo, y el contrato de esta clase que se celebra para cierto tiempo; no admitiendo la puja en el primer caso, pero si en el segundo, arg. dd. ll. 4. y 2. junto con lo anotado en ellas, alegando ademas la l. 4. C. *de fund. patrim.* y la l. ult. C. *de locat. prœd. civ.*; y al fin dice el mismo Alber. que si los primeros licitadores se conformaren en dar tanto como los que han pujado, deberán ser preferidos, en fuerza de la l. ult. C. *de locat. prœd. civ.* y atendida la razon que da la l. 11. §. ult. D. *de public.* El mismo Alber. en d. l. 7. §. 8. D. *de min.*, de acuerdo con Jacov. de Raven., concluye en esta materia distinguiendo entre la venta celebrada con todas las solemnidades en tiempo oportuno y por justo precio, y la que se verifica faltando alguna de estas circunstancias: si es lo primero, dice, no cabe nueva licitacion, á no ser que hubiese habido mala fé en la primera, d. §. 8.; empero faltando los requisitos de la ley, el contrato es nulo de derecho, y de consiguiente la restitucion no es necesaria, dd. ll. 1. y 2. C. *de fid. et jur. hast. fisc.*, junto con lo anotado en ellas: si se guardaron las solemnidades de la ley, añade, mas salió perjudicado el menor por haber vendido en un tiempo que no era el oportuno, ó á bajo precio, se le concederá la restitucion; véase al cit. Dr. y téngase presente su doctrina, la que prevaleció en la causa de que hemos hecho mérito, porque el arrendamiento no se habia celebrado en tiempo conveniente. Sobre las enagenaciones que hace el fisco, véanse las ll. 53. y 76. del Cuaderno de las Alcabalas. A lo que llevamos dicho sobre las ventas en que no se guardan todas las solemnidades véase Bart. en la l. 11. §. 5. D. *de min.*—*La restitucion de que aqui se trata tiene por objeto salvar al menor un lucro que hubiera podido alcanzar al celebrarse la venta. Queda pues en este caso el menor relevado de la prueba de perjuicio sufrido: resultando justificado el lucro que pudo conseguir, con el mero hecho de la mejora ó puja. Empero, ¿cual debe ser esta para qué se diga tratarse del *gran pro del huerfano*? Convendríamos con el Sr. Conde de la Cañada en su juicio civil, cap. 9. n.º 42. y sigs. en que este punto debia dejarse al prudente arbitrio del juez, si la l. 25. tit. 16. lib. 7. Nov. Recop. no lo hubiese indirectamente decidido: en efecto, disponiendo d. l. acerca los arrendamientos de los propios y arbitrios de los pueblos, dice que *solo puede admitirse la puja del cuarto que la ley permite en los bienes de comunidad y menores, por el gran provecho que les resulta:* y si bien esta ley relativa á los bienes de comunidad y menores no consta en parte alguna; es indudable que la 25. cit. quiso que en este punto corrieran iguales los intereses de los menores y los propios de los pueblos.—Supuesto que la mejora o puja sea en la cantidad que requiere la ley ¿deberá en todo caso admitirla el juez, dando lugar á la restitucion? Nuestra ley no distingue; sin embargo, parece que con el jurisconsulto ulpiano deberémos esceptuar el caso que el primer comprador ha corrido algunas contingencias de pérdida ó disminucion de la cosa ó su valor; á no ser que hubiese mediado colusion ó fraude; l. 7. §. 8. D. *de minor.*: la justicia de esta escepcion es evidente, pues que desechada, tendrémos que al que corre el riesgo, se le priva del beneficio que le da un conjunto de casualidades.—Se preguntará ahora dentro que tiempo debe hacerse la mejora ó puja para que sea admisible. Esta cuestion se halla tambien indirectamente decidida por la cit. l. 25.: pues que prescribe para pujar los bienes de propios los 90 dias que dice fijar la ley para los de comunidad y menores.—Siendo admisible la puja ó mejora, creemos á pesar de la autoridad del Sr. Conde de la Cañada, lug. cit., que la cosa debe adjudicarse en el acto al nuevo postor, sin que haya de abrirse nueva subasta; por la razon sólida que la restitucion no recinde la subasta y si únicamente el remate, que es lo que perjudicó: y de esta suerte no tenemos necesidad de apartarnos del sentido literal de la ley que se comenta.

(16) De estas palabras se infiere que si no fuere de gran monta el perjuicio deberá subsistir el contrato; hacen al propósito la l. 4. D. *de in integ. restit.*, y la l. penúlt. D. *de min.*, junto con la Gloss.; v. Abb. en el cap. 1. *de in integ. restit.*, col. 3., vers. *sed quæro*: sobre el modo de graduar la lesion, véase le Gloss. y allí Alber. en d. l. penúlt.

(17) Esta palabra es muy general, comprende cualquier perjuicio que haya sentido el menor, ya sea vendiendo, ya otorgando alguna donacion, ya transigiendo, ó de otra suerte; véase el tit. C. *Si adv. vendit. y si advers.*

biando su debdo (18) por otro peor, o faziendo otra mudacion nueuamente, en qual manera quier, por que se empeore su fazienda, o se menoscabasen (19) sus bienes, o su derecho; que puede pedir al Juez, quel faga desfacer el pleyto, o la mudacion, que fizo a su daño, e quel faga mejorar, e entregar, lo que ouiesse menoscabado por qualquier destas razones sobredichas; e el Juez deuelo fazer, si fallare en verdad, que el pleyto fizo seyendo menor de veynte e cinco años, e fuere prouado el empeoramiento, e el menoscabo, que le viene porende. E si por auentura, el menor ouiesse dado fiadores sobre tales pleytos como estos sobredichos, e se quisieren ayudar de la restitucion que es otorgada al menor, non lo podrian fazer, fueras ende, en aquella manera que diximos en el titulo de los Fiadores, en las leyes (20) que fablan en esta razon.

LEY 6. *Por quales razones non puede ser otorgada restitucion al menor.*

Diciendo, o otorgando el que fuesse menor, que era mayor de veynte e cinco años, si ouiesse persona, que paresciesse de tal tiempo (21), si lo faze engañosamente (22), valdria el pleyto que assi fuere fecho con el, e non deue ser desatado (23) despues, como quier que non era de edad quando lo fizo; esto es, porque las leyes ayudan a los engañados, e non a los engañadores (24). Esso mismo seria, quando el moço fuere mayor de catorze años (25), e jurasse (26) que la ven-

trans. y otros del mismo libro.

(18) Añad. l. 27. §. penúlt. D. *de min.*

(19) Añad. l. 44. D. *de min.*

(20) V. l. 4. tit. 12. Part. 5.

(21) Si por el aspecto pudiese conocerse que el menor era en realidad tal, el que contrató con él no puede decir que fué engañado; asi pues, compensándose entonces el dolo del uno con el dolo del otro, tendrémos lo mismo que si no hubiese existido por parte de ninguno de los contrayentes, y por lo mismo deberá concederse la restitucion al menor Alber. en la auth. *sacramenta puberum* C. *si adv. vend.*; á mas de que no existe dolo para aquel que es sabedor del engaño, l. 1. D. *de act. empt.* y Cyn., Alber. y Salicet. en la l. 3. C. *si min. se maj. dix.*

(22) Añad. ll. 2. y 3. C. *si min. se maj. dix.* No distinguiendo nuestra ley de Part. en este punto entre el pupilo y el adulto, parece aprobar la opinion de Guill. de Cum. citada por Paul. de Castr. en la l. 26. por D. *de jurej.*, el cual decia que tambien seria aplicable la auth. *sacramenta puberum* si el pupilo próximo á la pubertad jura, en el acto de contratar, que era púber, y luego juraba tambien que no contravendria á lo estipulado; cuya opinion aprueba allí Paul. de Castr. recomendándola particularmente; opinion que no deberá repugnarnos, si adoptamos el parecer de los que creen que el pupilo capaz de dolo queda obligado por su juramento. Empero nuestra ley de Part. se refiere visiblemente al adulto y no al pupilo, pues que dice al principio, *que paresciere de tal tiempo:* ademas, al adulto se refieren las ll. del tit. C. *si min. se maj. dix.*, y asi las entienden los DD. ¿Qué dirémos, cuando no conste el dolo del menor? Az. en la Sum. C. d. tit. al fin, dice, que se presumirá que obró con dolo el menor que aseguró ser mayor de edad; lo mismo sostiene al Gloss. en d. l. 3. y allí Odof.: empero Cyn. y otros opinan de otra suerte, fundados en que el dolo no se presume, l. 18 §. 1. D. *de probat.*, é igual es el parecer de Alber. Salic. y Bart. en d. l. 3.: con ellos está conforme nuestra ley de Part. cuando dice, *si lo faze engañosamente.* Si el menor por ligereza dice ser mayor de edad y lo jura, deberémos distinguir con arreglo á la citada l. 3. entre el simple juramento y el que es acompañado de un acto corporal: en el primer caso, se concederá la restitucion al menor, probando por medio de instrumento que no habia llegado á la mayor edad, Specul. tit. *de restit. in integr.*, §. *quis autem*, col. 4.; en el segundo caso se le deniega todo recurso: véanse en el Specul. lug. cit. otras cuestiones notables sobre la materia y la glos. ult. á la l. 43. D. *de min.*

(23) Es decir, por medio de la restitucion no quedará privado el menor de los recursos que corresponderian á un mayor de edad contra el contrato celebrado, Glos. en la l. 1. y en la autent. *Sacramenta puberum*, C. *si adv. vend.*, aun cuando el contrato hubiese sido corroborado con juramento: asi pues, no se le privará de la accion de nulidad, si el contrato fuere nulo, por mas que el juramento hubiese intervenido, Juan Andr. de acuerdo con Nicol. de Mat. en las adic. al Specul. tit. *de sentent.* §. *ut autem*, adic. magistral, y el mismo Specul. tit. *de restit. in integr.* §. *quis autem*, col. 5. Privasele del beneficio de la restitucion porque es un derecho escepcional, mas nó de las acciones que son de derecho comun; lo mismo sostiene Paul. de Castr. en las ll. 1., 2. y 3. C. *si min. se maj. dix.*

(24) Añad. d. l. 2. C. *si min. se maj. dix.*

(25) Qué dirémos si fuese menor de 14. años, pero capaz de dolo, cuando jura? Hay diversidad de opiniones sobre esta materia los

mas de los Doctores equiparan en semejante caso el pupilo al adulto, opinion que parece la mas acertada y se halla sostenida por Andr. de Isern. en el §. *item sacramenta*, *de pac. jur. firm.*, Bart. en la autent. *Sacramenta pub.*, C. *si adv. vend.*, Alex. en la l. 26. pr. D. *de jurej.* y por la generalidad de los canonistas, fundados en el cap. *ex litteris*, el 2. *de spons.*, junto con la Glos.: acerca el modo de distinguir cuando será capaz de dolo el pupilo, véase Andr. de Isern. lug. arriba cit., el cual opina no ser bastante la edad de diez años y medio, ni la de trece y medio, si de otra parte no consta, que efectivamente sea capaz de dolo el pupilo. Empero, qué dirémos, si el impúber jura que no impugnará un contrato que al llegar á la pubertad celebrará con Ticio, cuyo contrato despues se verifica? Alber. siguiendo á Guid. en d. autent. *Sacramenta puberum*, no da valor alguno á semejante juramento. Y si uno contrató en la impubertad y siendo púber afirma el contrato con juramento? Alber., lug. cit., sostiene de acuerdo con Guid., que segun los términos de dicha autent. debe atenderse al principio, es decir, que segun ella, el contrato y el juramento deben verificarse en la pubertad: esto lo entiendo yo en cuanto á que el contrato resulte afianzado por medio del juramento; mas no se sigue de aqui que si el menor jura, aunque sea con relacion á un contrato anterior, no deba cumplir el juramento, cuando efectivamente puede cumplirlo, cap. *quamvis pactum*, *de pact.*, lib. 6., y cap. *cum contingat, de jurej.*: á mas de que, el que jura, parece contratar de nuevo, mayormente, despues de la ley del Ordenam. que prescinde de todas las fórmulas, cuando se trata de constituir obligacion; y ademas, ni aun por lo que mira á la confirmacion del contrato podrá sin dificultad admitirse la decision de Alber., cuando constare que el menor juró aprobándolo: añádase que los contratos nulos pueden ser ratificados mediante el consentimiento posterior, l. 1. y tot. tit. *si maj. fact. vend. sin. decr. rat. hab.*, v. l. 22. C. *ad Velley.* y l. 22. C. *de agric. et cens.*; en efecto presúmese haberse celebrado el contrato al tiempo de la interposicion del juramento, arg. l. 14. al fin, D. *de div. et temp. præscr.* y el pr. Instit. *quib. alien. lic.* Entiéndase nuestra ley del púber de sano entendimiento, ya sea hijo de familias, ya fuere emancipado, ora sea libre, ora esclavo, Glos. en el §. *item sacramenta*, *de pac. juram. firm.* Poco importa para los efectos de esta ley que el menor tenga ó nó curador, Glos. lug. cit.; si bien opina de otra suerte el Specul. en el tit. *de empt. et vend.*, §. *nunc dicendum*, col. 2., vers. *hoc etiam scias*: la generalidad de los DD., segun Bald. en d. §. *item sacramenta*, aprueba la opinion de Martin. en d. autent. *Sacramenta puberum.* Es tambien aplicable nuestra ley al caso que el menor hubiese obrado por medio de procurador, á quien autorizó espresamente para prestar el juramento, Glos. en d. §. *item Sacramenta*, y esta es la opinion general, segun Andr. de Isern., lug. cit. y Bart. en la l. 13. §. 13. D. *de damn. inf.* y allí los DD., si bien algunos opinaron en contrario. Procede tambien la misma disposicion, cuando una municipalidad afirma con juramento algun contrato, Bald. en la l. 12. pr. C. *de reb. cred.*; pero nó si fuere una iglesia, segun el mismo D. lug. cit., y añad. Glos. en el cap. 1. *de in integr. restit.*, lib. 6., Bald. en d. §. *item sacramenta*, y Jas. en d. autent. *Sacramenta puberum.* Acerca del pródigo, véanse Bart. en la l. 6. D. *de verb. oblig.* y Bald. en la l. 2. C. *de rescind. vend.*, col. 7., donde puede verse tambien lo relativo á los locos y dementes.

(26) Parece que segun esta ley bastará el juramento de palabra, pues que no exige que se preste sobre las divinas escrituras. La Glos. y la generalidad de los DD. sostienen en d. autent. *sacramenta puberum*, no ser bastante el juramento de mera palabra, y segun Bald. en d. §. *item sacramenta*, no puede llamarse con propiedad juramento, empero añade que puede jurarse sobre cualquier escritura que contenga el nombre de Dios, asi como sobre cualquiera cuadro que contenga la imágen de la Divin dad ó de los Santos; y al fin concluye, que debe guardarse en este punto la costumbre, atendido que hace ley cuando determina la forma de un acto, segun el Specul. tit. *de instrum. edit.*, §. *breviter.* Empero Juan de Imol. en el cap. *cum contingat*, *de jurejur.*, col. 62., opina que á lo menos atendido el derecho canónico, al cual debemos atenernos en esta materia, segun el cap. 2. *de jurej.* lib. 6., bastará el juramento de palabra; dado que se considera perjuro al que falte á semejante promesa religiosa, como se ve por el cap. *et si Christus*, *de jurejur.*; á mas de que, segun el cit. cap. *cum contingat*, y el cap. *quamvis pactum*, *de pact.*, lib. 6., el juramento que puede cumplirse sin arriesgar la salvacion eterna, debe ser cumplido, aunque se hubiese prestado sin intervenir acto alguno corporal. Esto es lo que creo mas acertado, tanto por lo que mira al derecho canónico, como atendida nuestra ley de Part.: hacen al propósito el cap. *cum tempore*, *de arbit.*, el cap. *ad aures*, *quod met. caus.*, junto con lo anotado por Abb. y lo que dije en la l. 26. tit. 11. Part. 3., respecto de la prestacion de homenage: dije allí tambien que el juramento debe ser referente á la verdadera religion, como advierte tambien Salic. de acuerdo con Ja-

dida, o el pleyto, o la postura (27), que fazia con otri, non la desataria por razon de menor edad (28). Ca despues que assi ouiesse jurado, deue ser guardada su jura (29).

cob. Butric. en d. autent. *Sacramenta puberum*, col. 2. Será menester que antes de jurar se le haya cerciorado al menor del beneficio de la restitucion por entero? Bart., la generalidad de los DD., en d. autent. *Sacramenta puberum*, y allí mismo Jas. latamente en la 3. limit. col. 14. y 15., sostienen que no es indispensable esta circunstancia; y alégase el cap. *ex rescripto*, *de jurejur.*, el cual no deja de favorecer esta opinion; v. Alex. cons. 222. vol. 2., Bart. en la l. 2. C. *de resc. vend.*, col. 2. y Abb. en el cap. penult. *de empt. et vend.*, col. ult.: Dyn. opinaba de otra suerte; empero Alber. despues de haber referido los argumentos del cit. D. en d. autent. *Sacramenta puberum*, col. 3. y 4., dice que si bien en la práctica no se considera como indispensable la indicada circunstancia, sin embargo atendida la grande autoridad de Dyn., y vistos los numerosos textos con que apoya su parecer, cree ser conveniente que en los contratos celebrados por los menores se esprese habérseles cerciorado de dicho beneficio, y añade que asi lo ha hecho él en varios casos. Bald. en la l. 2. C. *de resc. vend.* quiere que se atienda á si el contrato se celebró ó no con conocimiento del curador. No obstante ser mas seguro lo que aconseja Alber., parece que no debemos separarnos de la opinion general. Qué dirémos si el menor tenia de hecho conocimiento del beneficio de la restitucion? equivaldrá á la advertencia formal hecha en el acto de la otorgacion de la escritura? V. Paul. de Castr. en cierto cons. que empieza *viso puncto*, y Dec. cons. 403. Deberá el juramento prestarse en el mismo acto del contrato? La Glos. en d. §. *item sacramenta* y en la autent. *Sacramenta puberum*, cree que no importa el que sea anterior ó posterior; v. Andr. de Isern. en d. §. *item sacramenta*: empero Alber. en d. autent. col. 4. cree ser mas seguro que se preste en el mismo acto, ó bien antes, ó despues, sin intervalo. Atendido el rigor del derecho, estoy con la Gloss., pero creo tambien ser mas seguro lo que aconseja Alber. — * Véase la adic. á la Gloss. 316. tit. 5. Part. 5.

(27) Ya sea contrato propiamente tal, ya impropio, cual la donacion y demas de esta clase, Gloss. en d. auth. *Sacramenta*, sobre la palabra *contractibus*, Alex. cons, 53. vol. 3., dud. 1., Socin. cons. 279. vol. 2. y Dec. cons. 232. dud. 2. Procede tambien respecto de los actos con que se disuelve una obligacion contraida, Gloss. en l. 5. §. 1. D. *de contr. jud. tut.*, Bart. en la l. 39. §. 13. D. *de admin. tut.*, donde se trata de la remision de la accion de tutela, Bart. y DD. en d. auth. *Sacramenta puberum* á Alex. en la l. 13. §. 2. C. *de acquir possess.* Tiene tambien lugar en los cuasicontratos, por ej., la adicion de herencia, Gloss. en d. auth. *Sacramenta puberum* y allí Jas. col. 19., quien estiende los efectos del juramento á los casos en que el menor da su asentimiento al contrato celebrado por otro, y alega la Gloss. en la nov. 22. cap. 24. cuya decision recomienda allí particularmente Ang. Procede tambien respecto de la constitucion escesiva de dote en cosas inmuebles, Bald. en la l. 4. C. *de jur. dot.* Tiene tambien lugar en los juycios, Gloss. y DD. en d. auth. *Sacramenta puberum* y añad. Bald. en la l. un. C. *de confes.*, col. 14. donde tambien trata de la fuerza del juramento de no revocar lo obrado por el procurador. El juramento tambien validará la manumision entre vivos hecha por el menor que no ha cumplido veinte años, segun Juan. Andr. citando á Pil. en las adic. al Specul. rubr. *de serv. non. ordin.* Empero no será aplicable nuestra ley al juramento que se prestare respecto de un testamento ú otra última voluntad, Cyn., Bald. y otros en d. aut. *Sacramenta puberum* y allí Jas limit. 13.

(28) ¿Qué dirémos, si el contrato fuese nulo, por una causa distinta de la menor edad? Podrá el menor contravenir á su promesa, si prestó simplemente el juramento? Asi opina la Gloss. en la l. 1. C. *si adv. vend.*: asi pues el juramento no escluiria la accion de la l. 2. C. *de resc. vend.*, Alber. citando á otros en d. auth. *Sacramenta puberum.* Por lo dicho se ve que si se quiere asegurar en todo caso el cumplimiento del contrato, será menester que se haga jurar al menor que no contravendrá á lo estipulado, ni por causa de la menor edad, ni por otra razon qualquiera, Bart. y Alber. lug. cit.; y el último allí, col. penult. formula la promesa y juramento en los siguientes términos: *F. que dice haber llegado á la pubertad, vende espontáneamente á Sempronio tal predio, y cerciorado de la disposicion de la auth. jura, poniendo la mano sobre los Santos Evangelios, que tendrá este contrato por firme é inviolable, y que jamás contravendrá á él, ni por causa de su menor edad, ni á título de lesion, ni por cualquier otro motivo que pudiere imaginarse.* Véase otra fórmula mas amplia en la l. 59. tit. 18. Part. 3., junto con lo que dije allí y en la l. 16 tit. 11. de la misma Part.; véase tambien la l. 56. tit. 5. Part. 5 y lo que allí dije.

(29) Ademas, el juramento da fuerza al con-

Otrosi dezimos, que si el menor de veynte e cinco años, pidiesse al Juez, que le entregasse de alguna cosa, que auia perdida, o menoscabada, por razon de pleyto que ouiesse fecho non seyendo de edad cumplida; si sentencia fuere dada contra el, porque non era assi como el querellaua, non puede demandar despues otra vez (30), que sea entregado de aquella cosa, delante de aquel Juez, nin ante otro; fueras ende, si apelasse (31) de aquella sentencia, o si mostrase razones nueuas (32), atales que gelas deuiessen recebir. Otrosi dezimos, que si el menor de veynte e cinco años mouiesse pleyto en juyzio con otorgamiento de su guardador, demandando a alguno, que era su sieruo; si fuese dada sentencia contra el, en que fuesse dado por libre aquel a quien demandaua, non podria despues demandar restitucion (33) contra tal juyzio, por razon que era de menor edad quando mouio el pleyto. E esto es, por la mejoria que otorgan los derechos a la la libertad (34). E aun dezimos, que si el pleyto, o la postura, de que demandasse restitucion el menor, fuesse fecho en tal manera, que todo ome de edad cumplida, e de buen entendimiento, la faria assi (35), e non deuia tenerse por engañado porende; que estonce non deue ser desfecho, por razon que lo fizo en tiempo que non era de edad. Porque siempre ha de prouar dos cosas (36) el que demanda restitucion: la primera, que era de menor edad a la sazon que fizo el pleyto, o la postura; la segunda, que la fizo a daño, e menoscabo de si.

LEY 7. *Como el menor puede desamparar la herencia que ouiere entrado, si entendiere que le es (c) dubdosa.*

Seyendo establecido por heredero el menor de veynte e cinco años, si entendiere que non le es prouechosa la heredad de tener, puede pedir al Juez, que le otorgue poderio para desampararla (37), maguer la haya entrada. Pero, quando esto ouiere de facer,

(c) dañosa. Acad.

trato que era nulo de derecho; esta es la opinion de Martin., generalmente aprobada, en la l. 1. C. *si adv. vend.* Síguese de aqui que estará tambien obligado el heredero del menor, Paul. de Castr. en d. auth. *Sacramenta puberum.*, en el pr. y en la col. 2. y Abb. en el cap. 1. *de jurej.*, lib. 6., donde es de notar lo que añade, á saber, que aun cuando se obtenga la relevacion del juramento, no obstante subsistirá el contrato, pues que quedó legitimado ó revalidado en fuerza del juramento mismo. ¿Qué dirémos, si el menor hubiese sufrido lesion enormísima? Véase lo que dije en las cit. ll. 59. y 56. y Dec. cons. 403., col. penúlt. y últ. Véanse otras limitaciones á d. auth. y por consecuencia á nuestra ley, en Jas. á d. auth., el cual enumera catorce.

(30) Concuerda con las ll. 1., 2. y 3. C. *si sæp. in integ. restit. post.* Tendrá esto lugar tanto si la restitucion se niega, por no haberse probado la lesion, como si es porque no se probó la menor edad? v. Bart. y Bald. en la l. ult. C. *si min. se maj. dix.* y Paul. de Castr. en dd. ll. 1. y 2., donde opina en oposicion con Bart.: y acertadamente á mi parecer, por mas que Bald. y Ang. adopten la opinion de Bart. Con Paul. está conforme Salic., y al parecer esta misma ley de Part., cuando dice, *si sentencia fuere dada contra el, porque no era assi como el querellaua*, cuyas palabras se refieren asi á la edad como á la lesion: y no obsta la cit. l. ult., pues que debe tomarse en el sentido que indican allí Raf. y Paul.

(31) Tenemos pues que al menor se le concederá la restitucion para apelar, cuando hubiese transcurrido el término de la ley. Empero, asi para semejante restitucion, como para la que tienda á proseguir la apelacion, deberá probar algo que indique la justicia de su causa? v. Bart. en la l. 9. §. 4. D. *de jurej.*, col. ult., Paul. de Castr. en la l. ult. C., *in quib. caus. in integr. rest non est necess.* y Alex. cons. 55. vol. 5.

(32) Nótese esto y añádase la cit. l. 2: no bastarán, pues, nuevas pruebas, sino que es menester que se aduzcan nuevas razones que no fueron alegadas, ó que resulten de hechos que han sobrevenido, Glos. y Salic. en d. l.: no se opondrá á esto el cap. 20 del Ordenam. de Madrid, que deniega la restitucion para oponer nuevas escepciones; no se opondrá digo, siempre que ellas nazcan de una causa nueva, segun esta l., la cit. l. 2. C. *si sæp. in integ. restit.*, cap. *Pastoralis.*, *de except.* y Bald. en el cap. 1. *de milit. vasall. qui contum. est*, col. 5.; mayormente, si la lesion fuese enorme, Bald. lug. cit.—*Véase la adic. á la glos. 8. de este tit.

(33) Concuerda con la l. ult. C. *si adv. libert.*

(34) Véanse los casos que puse en la l. 4. tit. 5. Part. 3.

(35) Nótense estas palabras y las que siguen, para la inteligencia y como declarativas de la l. ult. C. *de in integ. restit.*, de la que esta se ha tomado. Los DD. entienden de otra suerte la cit. l. ult.

(36) Añad. l. 2. de este tit.

(37) Concuerda con la l. 1. C. *si min. ab*

deue ser delante los (*d*) acreedores (38) de la heredad, que sepan cual es la razon, por que la desampara. E estonce el Juez, si entendiere que es daño del moço en tener la heredad, deuele otorgar que la pueda desamparar, e tornar en el estado en que era de primero, poniendo en recabdo (39) primeramente todas las cosas, que pertenesciessen a la heredad.

LEY 8. *Ante quien puede el menor demandar la entrega, e quando, e en que manera deue ser fecha.*

Delante del Judgador ordinario (40) del lugar deue demandar el menor restitucion e entrega de los daños, e de los menoscabos que ouiesse rescebido en sus cosas, por pleyto que ouiesse fecho a daño de si, o por alguna de las razones sobredichas, que diximos en las leyes ante desta. E el Juez deue llamar ante si (41) la otra parte, a quien fazen la de-

(*d*) los herederos de la Esc. 2. — los debdores de la Tol. Esc. 3. — los señores de la Acad.

hæred. se abstin.; v. Jas. en la Sum. d. tit.: segun el cit. D., debe atenderse en este caso, no solo á si la herencia es ó no gravosa al menor, sí que tambien al perjuicio que podria sentir, á consecuencia de los litigios en que pudiera verse envuelto, l. 6. D. *de min.*; debe atenderse tambien á si la herencia se compone en particular de cosas sujetas á perderse ó deteriorarse, l. 11. §. 5. D. *de min.* Podrá pedir esta restitucion el menor, aunque hubiese adido con beneficio de inventario, Salic. en d. l. 1. al fin y en la auth. *si omnes* al fin. En todo caso pues el menor deberá probar que la adicion le ha sido perjudicial, como resulta de exigirse por nuestra ley la citacion de los acreedores (argumento de que tambien se vale Paul. de Castr. en la cit. auth. *si omnes*), y mas claramente de aquellas palabras, *si entendiere que es daño del mozo*: aprueba de consiguiente nuestra ley la opinion de Jacob. de Aret, y Odofr., desechando la de Guid., de las que se ocupa Alber. en la cit. auth.— *Puede tambien el menor pedir la restitucion contra la repudiacion de la herencia si despues viere que era lucrosa, ll. 18. y 20. tit. 6. de esta Part. Las citadas leyes le conceden en términos generales dicho recurso. Las romanas distinguen entre el *suus hæres* y el estraño, y respecto de este entre el caso que la cosa estuviere íntegra y el supuesto de hallarse enagenados en todo ó en parte los bienes hereditarios, liquidadas y pagadas las deudas etc.; Véanse las ll. ult. C. *de repul. vel abst. hæred.* y 22 y 24. §. 2. D. *de minor.*

(38) Concuerda con la cit. auth. *si omnes*; véanse allí la Glos. y DD. acerca de si deberán ser citados los legatorios: añad. l. 29. §. ult. D. *de min.* y véase allí en particular Paul. de Castr., donde trata de la forma de la citacion, asi de los presentes, como de los ausentes, y de si bastará ó no que sean emplazados por edictos.

(39) Añad. d. auth. *si omnes* y la nov. de donde deriva, por la que se ve que al menor no le compete la restitucion, respecto de lo que pereció por su imbecilidad. Téngase presente este caso de nuestra ley, en que el Juez puede de oficio poner en salvo las cosas hereditarias.

(40) Entiéndase del juez que es competente respecto del reo, l. 2. *ub. et ap. quem.* Empero, podrá pedirse la restitucion respecto de un contrato, en el lugar donde este se celebró, si allí se hallare el convenido? Bald. de acuerdo con Guill. de Cogn. dice en la cit l. 2., que si bien cuando se trata de llevar á efecto una convencion, se reputa fuero competente el lugar donde se celebró, no se considera tal para promover la rescision; y asi tambien opina Paul. de Castr. en dicho lugar. Adviértase que el conocimiento de la restitucion por entero puede ser delegado por el príncipe, y tambien por el juez ordinario: ademas, el mismo recurso puede intentarse ante el delegado para la universalidad de las causas y ante el que lo fuere para las de cierta clase, por ej., para ciertos contratos, si de la celebracion de alguno de ellos resultó perjudicado el menor; entonces la facultad de conocer de la restitucion viene comprendida como incidencia en la facultad de conocer del contrato, v. l. ult. C. *ub. et ap. quem* y allí Paul. de Castr. y el cap. *suscitata*, *de in integ. rest.* Empero no podrán conocer de este recurso los jueces que tienen jurisdiccion sin territorio d. l. ult. y allí Paul. de Castr., quien deduce de aqui que no corresponde semejante conocimiento á los rectores de las universidades. En igual caso se encuentran los que tienen jurisdiccion sin administracion, esto es, aquellos que solo pueden conocer mediante el consentimiento de las partes, tales son los jueces cartularios y los notarios que tienen en sus privilegios concedida semejante jurisdiccion. Glos. en d. l. ult. Tampoco podrá pedirse la restitucion ante el juez árbitro, d. l. ult.; donde trata la Glos. de si podrá ser objeto de compromiso el punto de la restitucion, y concluye afirmativamente; hállanse con ella de acuerdo Salic. y Bart., empero Bald. opina en contrario.

(41) Concuerda con la l. 2. tit. 25. Part. 3.; véase lo que allí dije. — * Pero ¿contra quién

manda, e si fallare que el pleyto, o la conoscencia (42), o el juyzio (sobre que demanda la entrega) que fue fecha a daño del menor, deuel tornar en aquel estado en que era ante; de manera, que cada una de las partes (43) aya en saluo su derecho, assi como lo auia primeramente. E esta restitucion puede demandar en todo pleyto, o conoscencia, que el ouiesse fecho a daño de si, o su guardador, o su abogado. E tal demanda como esta puede de facer el menor en todo el tiempo fasta que sea de edad cumplida de veynte e cinco años; e aun en cuatro años (44) despues desso: e non solamente puede el menor fazer demanda fasta este tiempo, mas aun sus herederos (45).

LEY 9. *Como el menor puede demandar entrega de las cosas que perdiesse por tiempo.*

Prescriptio en latin, tanto quiere dezir, en romance, como ganancia que faze ome de alguna cosa por tiempo. E como quier que de tal razon como esta fablamos cumplidamente en la tercera Partida deste libro „en las leyes que fablan en esta razon. Pero dezimos, que las ganancias que se fazen por tiempo de veynte años, o dende ayuso, que non corre (46) ninguno destos tiempos contra los que son

puede dirigir esta demanda el menor? Contra aquel con quien hubiese contratado, transigido, etc. aunque sea otro menor; á no ser que la restitucion no pudiese verificarse sin que este último saliese perjudicado, l. 1. C. *si advers. fisc.* y l. 11. §. 6. D. *de minor.*: esceptúanse los padres, contra los cuales el hijo no puede intentar demanda de restitucion, l. 2. C. *qui et advers. quos.* Podrá tambien instituirse la accion de que se trata contra un tercero poseedor, si al menor le interesa recobrar su cosa, y no le basta la indemnizacion: tambien en el caso de ser insolvente el que contrató con el mismo menor, ó bien si dicho poseedor no ignoraba la procedencia de la cosa, l. 13. §. 1. y ll. 14. y 15. D. *de minor.*

(42) Añad. l. 6. §. 5. D. *de confes.* y v. l. 4. de este tit.

(43) Añad. l. 2. tit. 25. Part. 3. y lo que allí dije.—* No siempre será posible volver las cosas al estado anterior al acto de que salió perjudicado el menor. Supóngase que recibió cierta cantidad prestada y que en todo ó en parte la gastó improductivamente; ó que vendió una finca, y que desapareció en sus manos el precio sin provecho para su patrimonio: en estos y otros casos parecidos, es evidente que la restitucion no puede efectuarse indistintamente en los términos de nuestra ley. En el derecho romano hallamos el mismo principio, pero á continuacion aparecen varias decisiones que lo esplican y modifican. En ellas predomina la idea de dejar indemne al menor, aunque sea en perjuicio de aquel contra el cual pide ser restituido; si bien se distingue entre actos y actos de las que puede provenir la lesion, y se concede bastante latitud al arbitrio del magistrado; véanse principalmente las ll. 24. §. 4., 27. §. 1., 40. §. 1., 50. D. *de minor.*, l. 1. C. d. tit. y l. 1. C. *de reput. quæ in jud.*

Sobre los efectos de la restitucion respecto de los fiadores del menor, véase la l. 4. tit. 12. Part. 5., junto con lo anotado en ella.

(44) Añad. l. últ. C. *de temp. in integ. restit.* Si la lesion es enormísima, se conceden 30 años á la iglesia, al fisco y al estado, segun la l. últ. de este tit. y la Glos. en el tit. 1. *de in integr. restit.*, lib. 6.: ahora bien, en igual caso ¿se concederá el mismo término al menor? Parece que nó, atendido que nuestra ley fija el cuadrienio sin distinguir, lo que hubiera hecho, cual en la cit. l. últ., si hubiese querido que el menor tuviera mayor plazo en el caso de ser enormísima la lesion: á mas de que no hay paridad entre la iglesia y el menor, dado que á este no le corre el cuadrienio, desde el dia de la lesion, sino desde el momento en que llega á la mayor edad, segun esta ley y la cit. l. últ. Empero óbstanos el que á la iglesia y al estado se les concede la restitucion, porque gozan de los derechos de los menores, cap. 1. y cap. *auditis*, *de in integ. restit.* y l. 4. C. *quib. ex caus. maj.*; de la que infiere la Glos. en el cit. cap. 1., que ni aun á la iglesia debe concedérsele la restitucion pasados los cuatro años: á esto se agrega que la razon de la ley, esto es, la consideracion que merece el que ha sufrido un enorme daño, milita en el menor lo mismo que en la iglesia. Esto parece ser lo mas equitativo, con tal que los treinta años se cuenten desde el dia de la lesion, á tenor de la citada l. últ. Vienen en apoyo de esta segunda opinion la l. últ. pr. C. *de ind. vid. toll.*, lo que Bald. en fuerza de la misma ley dice en la l. 24. C. *fam. ercisc.*, col. 12. y lo anotado por la Glos. y Juan Andr. en el cap. *ad nostram, de reb. Eccles. non alien.*, donde la Glos. refiere la opinion de aquellos que decian que tambien por el oficio del juez debia socorrerse á los que hubiesen salido perjudicados en mas de la mitad del justo precio.

(45) Añad. l. 2. y casi todo el tit. C. *de temp. in integ. restit.* y l. 6. D. *de in integ. restit.* El beneficio de la restitucion ¿pasará al padre, cuando suceda á su hijo en el peculio? V. Glos. y Bart. en la l. 17. D. *de castr. pec.* Adviértase que el privilegio que compete al pupilo en calidad de tal, no pasa á sus herederos, v.

menores de veynte e cinco años, nin contra sus cosas, nin les empesce en ninguna manera, para perder alguna cosa de lo suyo por tal razon E esto se deue entender, quando los tiempos de tales prescripciones comienzan a correr contra los menores, seyendo ellos nas-

l. 42. D. *de admin. tut.* y allí Bart.

(46) Añad l. últ. C. *in quib. cas. in integ. restit. non est necess.*, l. 45. D. *de min.* l. 48. pr. D. *de acquir. rer. dom.* y l. 3. C. *quib. objic. long. temp. præscript.* De aqui se sigue que no caerá en comiso la cosa del menor, aunque haya dejado pasar el tiempo prescrito para el pago del censo, pues que ese término no corre contra aquel, segun esta ley y la cit. l. últ., v. Glos. y Juan de Plat. en el tit. C. *de fund. patrim.*, l. 23. C. *de ad min. tut.* y allí Cyn. y Salic., y Alex. cons. 31. vol. 5.

De la disposicion de esta ley esceptuarémos en primer lugar las prescripciones convencionales que proceden de contrato celebrado por el antecesor del menor, ya se hubiesen incoado durante la vida de aquel, ya posteriormente, l. 38. D. *de min.*, l. 7. C. *de restit. mil.* y la generalidad de los DD. en d. l. últ.: entiéndase lo dicho en el supuesto que no hubiese intervenido ningun hecho de parte del menor, y sí solo la mora, l. 49. §. 2. D. *de verb. oblig.* y l. 2. C. *si adv. vend. pign.* No obstante dice Alber. en la cit. l. últ. col. 4. que aun en este caso se concederá la restitucion subsidiariamente, arg. l. 13. al fin C. *de jud.*, l. 23. D. *de min.* y nov. 1. cap. 4. §. 1.; empero los demas DD. son de parecer distinto. En segundo lugar esceptuarémos las prescripciones que emanan de disposicion testamentaria; estas corren contra el menor, si bien se le concede la restitucion, l. 3. §. 8. D. *de min.* y v. Bald. en la l. 5. C. *de repud. hæred.* Podrá tambien el menor alcanzar la restitucion, respecto de la prescripcion convencional, nacida del contrato celebrado por el difunto, fundado en la ignorancia del pacto, en virtud de la cláusula general, *si qua mihi*, etc. Bart. en d. l. 38. oppos. 2. y Franc. Balb. en el tratado de las prescripciones, fol. 64. col. 1. vers. 2. *limita.* En tercer lugar se esceptúan las prescripciones judiciales: en efecto, el menor no puede ser restituido por el transcurso del tiempo marcado para la duracion de la instancia, á no ser subsidiariamente, esto es, en el caso que el tutor ó curador sea insolvente. Corre tambien contra el menor el tiempo concedido para apelar y el que se halla fijado para seguir la apelacion; si bien en este caso se le concede la restitucion, aun cuando no sea insolvente el tutor ó curador, arg. ll. 1. y 2. C. *si sæp. in integ. restit. postul.*, y allí Bart., Bald. en d. l. y en la cit. l. ult. y Fran. Balb. lugar arriba citado, vers. *prædicta conclusio* y Ang. en d. l. últ. Corre tambien contra el menor el tiempo prescrito para la confeccion del inventario, quedándole empero salvo el beneficio de la restitucion, d. nov. 1. cap. 4. §. 1., y véase lo que sobre este §. dice Bald. en la l. 19. C. *de jur. delib.* col. 3. Esceptúase tambien el caso de la auth. *si minor* C. *de temp. in integ. restit.*, y la prescripcion de la demanda de la *bonorum possessio*, Bart. en d. l. ult., col. ult. Ademas, tampoco será aplicable nuestra ley respecto del año prefijado para pedir la investidura; corre este término contra el adulto quedándole salva la restitucion, *de prohib. feud. alien. per Freder.* §. 1. vers. *præterea si quis*, junto con la Glos. y Fran. Balb. en dicho Tratado fol. 65. col. 1.: trata tambien allí este D. de la prescripcion que emana de algun estatuto, y en la col. 2. cita á Claud. Aquens. en la l. 5. D. *de usuc.* col. últ., el cual dice que la opinion general es que semejante prescripcion corre contra el adulto, quedando en suspenso durante la edad pupilar, arg. d. vers. *præterea si quis*, lo que parece debe entenderse, tanto si se trata de daño, como de lucro, segun Bald., Ang. y Paul. de Castr. en d. l. últ. Sin embargo, lo dicho acerca la prescripcion que emana de estatuto, no será aplicable, cuando ella se subrogue en lugar de la prescripcion legal, de cuya naturaleza se reviste entonces; véase al cit. Claud., vers. *fallit ista conclusio.* Sobre la prescripcion dicha véase Bald. en la l. 6. C. *ne de stat. defunct.*, en la l. 3. C. *quib. non obj. long. temp. præscrip.* en el cap. 1., *quo tempore miles*, col. 3., en el §. *porro, qual. feud. alien. poss.*, en la l. 9. D. *de just. et jur.*, col. 10. y en la l. 7. C. *de præscript.* 30. *vel* 40. *ann.*, col. 1. Sobre la prescripcion del derecho de retraer que compete á los parientes, véanse Alber. en d. l. últ. col. 2. y Abb. en el cap. *Constitutus, de in integr. restit.*, col. 3., quienes opinan que corre contra el menor, quedándole salva la restitucion; empero la l. 7. tit. 7. lib. 5. del Ordenam. Real se la deniega. En cuanto al bienio ó trienio pasado el cual la cosa enfitéutica cae en comiso, opina la Glos. en la l. 23. C. *de admin. tut.*, que no correrá contra el menor; empero Alber. siguiendo á Hubert. en d. l. últ., col. 3., opina lo contrario. Por lo que mira al menor que alcanzó la venia de edad, distingue Alber. en la l. 5. C. *de tempor. in integ. restit.*, vers. *quærit Hubertus*; si la cosa, dice, no podia enagenarse sin el decreto del magistrado, de derecho no corre, porque á semejantes cosas no alcanza dicha vénia; si la cosa era tal que no exigiese aquella circunstancia, y la prescripcion

cidos. Mas si ante que ellos nasciessen (47), o fuesen establescidos por herederos de otros, ouiessen començado a correr (48) contra aquellos a quien los menores heredassen, estonce, bien correrian contra ellos, e empescerles yan. Pero podrian demandar restitucion (49) del tiempo, que contra ellos fuesse corrido mientra que eran menores. Mas las prescripciones que son de treinta años, o dende arriba, empecen a los que son menores de veynte e cinco años, e mayores de catorce años (50), e corren contra ellos; como quier que pue-

tuvo principio antes de haberse alcanzado la venia de edad y notificádose al juez, tampoco correrá la prescripcion, porque aun se considera como menor, segun las ll. 1. y 2. C. *de his qui ven. ætat., impetr.*: fuera de esto, la prescripcion tiene lugar; y sin que reste el beneficio de la restitucion, porque el menor se considera como mayor de edad. Adviértase tambien que en los casos en que por derecho antiguo corria contra el menor la prescripcion, aunque fuese legal, denegándose al mismo tiempo la restitucion por entero, correrá tambien ahora: pero difícil es hallar semejantes casos: véase Paul. de Castr. en d. l. ult., el cual aplica lo dicho á las acciones pretorias que duran un año ó menos, cual la *redhibitoria* y la *quanti minoris*; véase tambien Franc. Balb. en dicho tratado, fol. 64., col. 3.

(47) Aunque estuviesen ya concebidos, l. 45. D. *de min.*

(48) Aprueba la opinion de Az. en la suma C. *in quib. caus. in integr. restit. non est necess.*, opinion que es la general. Hubert., Albert., Papiens. y Jac. de Aren. creian que la prescripcion de 10. ó 20. años no corria contra el menor, hubiese ó no comenzado contra el antecesor del mismo; asi entendian la cit. l. ult., fundados en la l. ult. al fin C. *si maj. fact. alien. sin. decr. rat. hab.*: y esta interpretacion dice ser la mas acertada Alber. en la cit. l. ult. col. 2. añadiendo que con arreglo á ella obtuvo un fallo de jueces muy entendidos.

(49) Añad. l. ult. C. *si adv. usuc.* y l. 45. D. *de min.*

(50) Contra el impúber no corre la prescripcion, l. 48. D. *de acquir. rer. dom.* y l. 3. C. *de præscript. 30. vel 40. ann.* y allí la Glos.

(51) Aprueba la opinion de Az. y Joann. que puede verse en la glos. ult. á d. l. ult., opinion que es la general. Reconocen no obstante los DD. que si la prescripcion empezó á correr contra el menor, es incontestable el parecer de Alber. que puede verse en d. glos.; pues que, no pudiendo completarse la prescripcion hasta mucho despues de haber transcurrido el cuadrienio legal, no cabe la restitucion, l. ult. C. *de temp. in integr. restit.*; asi discurre Alber. en d. l. ult. C. *in quib. caus.*, col. 4. y en la l. ult. vers. *denuò quæro*, C. *de temp. in integr. restit.*; v. Ang. en d. l. ult. *in quib. caus.*, col. 1. Empero Odofr. citado por Alber. en d. l. dice, que aun cuando la prescripcion se complete en la mayor edad tendrá lugar la restitucion, porque consumándose la lesion en la mayor edad, el cuadrienio empieza á correr desde el momento en que esta se verificó, arg. l. 1. §. 2. D. *quand. act. de pecul. est annal.* Que el cuadrienio empieza desde que la prescripcion se cumple, lo sostienen Bart. y la generalidad de los DD. en d. l. ult. C. *de temp. in integr. restit.*, en el supuesto que el tiempo desde el cual tuvo orígen la lesion no fuese menor que el mismo cuadrienio; siendo menor, no conceden mas que ese mismo tiempo para pedir la restitucion; v. Bart., Bald., Ang. y Salic. en d. l. ult. C. *de temp. in integr. restit.* y Franc. Balb. en el tratado de las prescripciones, fol. 63., col. 2., vers. 2. No obstante, la Iglesia tiene siempre el cuadrienio íntegro, Clementin. 1. *de in integr. restit.*; la Glos. allí quiere estender esto á los particulares; empero la indicada opinion de los legistas es la general; si bien la l. ult. de este tit. parece conformarse con d. glos. En conclusion, la restitucion tendrá tambien lugar, como queda dicho, aunque la prescripcion se haya completado despues de la menor edad; lo que debe limitarse al caso que no hubiese transcurrido el cuadrienio legal: en efecto, si pasado ese término, desaparece el derecho nacido en la menor edad, para pedir la restitucion; con mayor motivo no tendrá lugar recurso alguno de esta naturaleza que debiera nacer entonces, Bart. en d. l. ult. C. *de temp. in integr. restit.* y síguele allí Bald. calificando de notable la decision. —* Aun cuando fuese cierto que tenia lugar la restitucion por la prescripcion completada dentro el cuadrienio legal, lo que no creemos, tampoco podria recibir aplicacion nuestra ley por lo que mira á las prescripciones de treinta años que no comenzaron contra el antecesor del huérfano: aunque se ponga el caso en que luego de concebido este falleciera el padre, y que poco despues la prescripcion principiara; aun en este caso, digo, la prescripcion no se completaba hasta tres meses despues de cumplido el cuadrienio. Hemos dicho que no conveníamos en que cupiese la restitucion por prescripcion que se completó dentro el cuadrienio, y lo afirmamos fundados en la naturaleza general de este re-

den demandar al Juez restitucion (51), que non pierdan ninguna cosa, por todo el tiempo que fueron de menor edad, e han demas quatro años (52), segun que es sobredicho.

LEY 10. *Como las Eglesias, e los Reyes, e los Consejos, pueden demandar restitucion, por aquellas mismas razones que los menores.*

Porque los bienes de las Eglesias (53), e de los Reyes (54), e de los Consejos,

curso, y particularmente en la l. 3. de este tit., la que exige que se pruebe haberse esperimentado el daño antes de los 25. años: en efecto, como una simple demanda puede interrumpir la prescripcion, no ocasiona pérdida ó perjuicio hasta el momento en que se completa.

(52) Véase la glos. anterior, acerca el momento en que empiezan á correr estos cuatro años. Ese término es útil desde el principio, de consiguiente parece que no debe correr contra el ignorante, Bald. en la l. 3. C. *si ex fals. instrum.*, Jas. en el §. *rursùs*, Instit. *de act.*, col. 16., Franc. Balb., en el tratado de las prescripciones, fol. 36., col. 3. y Alex. cons. 63., col. 4., vol. 4.

(53) La iglesia se compara al estado; *publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*, l. 1. D. *de just. et jur.*, asi es que goza siempre de los derechos de los menores al efecto de quedar indemne, cap. 1. y cap. *auditis, de in integr. restit.* y el Hostiens. en la sum. *de restit. in integr.*, vers. *cui.* Adviértase que asi la restitucion respecto de un contrato, como la nulidad del mismo puede reclamarlas ante el juez eclesiástico, cap. *ad nostram, de reb. Eccles. non alien.* y allí Abb. En cuanto á si el eclesiástico podrá pedir la restitucion por lo que concierne á su beneficio ó dignidad, véase Abb. en el cap. *pro illorum, de præbend.*, ult. notab., donde cita la opinion de Juan Andr. en el cap. *veniens, de transact.*, el cual dice que si el eclesiástico contrató y la obligacion es puramente personal, no le corresponde la restitucion, á no ser que en último resultado viniese á salir perjudicada la iglesia; y alega tambien la glos. 2. en la Clement. 1., *de in integr. restit.*, donde se dice que mientras la iglesia no sufra perjuicio, no cabe la restitucion, por mas que salga perjudicada una persona eclesiástica. Podrá pues un cabildo pedir la restitucion por entero, segun Inoc. en el cap. *nisi, de præbend.*, cuando saliere perjudicada la corporacion, pero no, si el perjuicio recayere únicamente en los individuos, ó bien en el obispo, por lo que mira á los derechos que competen á su persona, segun la cit. glos. y Abb. en el cap. 1. *de in integr. restit.*, col. penult. De igual beneficio gozan los hospitales y demas lugares piadosos, segun Juan Andr. en el cap. 2. *de in integr. restit.*, lib. 6. y en el cap. *requisisti, de testam.*, l. 6. C. *de sacros. Eccles.* y Abb. en d. cap. 1. col. penult. El cit. D. advierte en el mismo lugar que no compete semejante beneficio á los colegios que no tienen el carácter de piadosos; pero sí, dice, corresponderá á las universidades literarias, porque ellas se componen en gran parte de menores de 25. años: véase el mismo en el cap. *relatum*, el 1. *de testam.*, al fin. Los hospitales privados que se hubiesen erigido sin la autorizacion del obispo, no gozan de los privilegios de los lugares piadosos, y por consiguiente no les compete la restitucion, ni sus presidentes tienen los privilegios de los clérigos, ni adquieren semejantes hospitales las mandas que se les hagan, sino que corresponde al obispo la distribucion de las mismas entre los pobres, Bald. en la autent. *hoc jus porrectum*, C. *de sacros. Eccles.* y en las ll. 32. y 49. col. 12. y 13. C. *de Episc. et cleric.* y Roch. en el tratado *de jur. patron.*, fol. 18. y 19., y añad. Abb. en el cap. 2. *de consuet.*, 2. notab.

(54) Nada mas regular que á los príncipes les competa la restitucion por entero, esto es, á cada uno en sus estados, porque ellos representan el imperio universal de los romanos, segun Bald. en la l. 3. C. *ad Trebell.*, donde dice, que la república universal de los romanos está en el Imperio, y tambien se halla representada por los príncipes, es decir, por cada uno en cuanto á su reino: ahora bien, como la república romana gozaba del derecho de restitucion, segun la l. 4. C. *ex quib. caus. maj.*, y allí la Glos., igual derecho deben tener los reyes. Por aquí se ve que se equivocó Pedr. citado por Alber. en d. l. 4., cuando dijo que al rey de Francia no le competia la restitucion dentro de su reino; opinion que sostuvo tambien Luc. de Penn. en la l. 3. C. *de præpos. sacr. cubic.* Lo contrario establece espresamente nuestra ley, y parece deducirse de la l. 3. C. *de jur. reipub.*, si lo que allí se establece respecto de la república romana, se entiende del emperador y de los reyes que la representan, como llevo dicho. Bald. en la l. 1. C. *de hæred. vel act. vend.*, distingue entre los arbitrios eventuales del fisco y las rentas permanentes y perpetuas: nuestra ley será aplicable á estas y á aquellos, ya porque habla sin distincion, ya porque no se advierte razon de diferencia; y hacen al propósito la

(55) se pierden, o se menoscaban, por culpa de los que los han a procurar ó por engaño de los otros. E porende fue establecido antiguamente, que tales bienes ayan aquel preuillejo, e aquella mejoria, que han las cosas de los menores de veynte e cinco años. Onde, los que han en poder (56). e en guarda, las cosas sobredichas, pueden demandar restitucion sobre cada vna dellas, quando se menoscabasen por tiempo, o por engaño, o por negligencia de otri. E esto pueden demandar desde el dia que recibieron el engaño, o el menoscabo, fasta quatro

l. ult. C. *qui dar. tut. poss.*, la l. 39. §. 8. D. *de leg.* 1. y el tit. C. *de fund. patrim.*, junto con la Glos. en la rubr.; y no nos parece que hablara acertadamente Alber. en la cit. l. 4., cuando dijo que al fisco no le competia la restitucion, fundado en que no media respecto de él igual motivo que en la república, atendido que la república de los romanos es la cabeza que dirige el orbe, y que mas fácilmente que el fisco puede padecer lesion, y porque el fisco y la república no son una misma cosa; no advirtió Alber. que desde la inauguracion del imperio, la palabra *respublica* equivalió al fisco imperial ó real, como dice Bald., lugar citado, y tambien Salic., la Glos. y Bart. en d. l. 4., y el último en la rubr. C. *de jur. fisc.* esplica latamente en qué casos la república y el fisco son una misma cosa. Hay otra especie de bienes que el príncipe posee, no en calidad de tal, sino como un particular cualquiera, Alex., cons. 6. vol. 4. y l. 7. C. *de ed.* y allí Cyn.: respecto de semejantes bienes, parece que no le competerá al príncipe la restitucion, siendo en este caso aplicable la opinion de Pedr., y este es el parecer de Luc. de Penn., lug. arriba cit., donde dice, que al rey le compete la restitucion, no por razon de su persona, y sí por ser el gefe y administrador del estado, y de consiguiente que si de algun contrato especial que no interesa al público, saliese perjudicado él ó su cámara, no le competerá semejante recurso, arg. l. 7. §. 3. D. *ad leg. Jul. majest.* y cap. *qui sincera*, dist. 45. Viene en apoyo de lo que llevamos dicho lo anotado por Ang. en la nov. 115. cap. 3. §. 15.; col. 8., donde dice, fundado en el mismo texto, que el fisco podrá ser restituido cuando no hubiese hecho inventario, atendido que se equipara al menor, arg. l. 1. C. *de sentent. advers. fisc. lat. retract.* ¿Gozará del mismo beneficio la consorte del rey? Suscita esta cuestion Luc. de Penn., lug. arriba cit., y dice haberse pronunciado en favor de la reina Dª Sancha, viuda del ínclito rey Roberto, la que habia salido perjudicada en la venta del castillo del monte Albano; empero el cit. D. concluye opinando en contrario.

(55) Aprueba la opinion de Az. en la sum. C. *si adv. usuc.*, al fin, con la Glos. en la l. 3. C. *de jur. reipub.*, con Guid. de Suza, Jacob. de Aret., Dyn., Hubert., Alber., Piens., Odofr. y otros citados por Juan Andr. en las adiciones al Specul., tit. *de restit. in integr.*, §. *quis autem*, col. 6. y por Alber. en la l. 4. C. *ex quib. caus. maj.*; y reprueba la de la Glos., Pedr. y Cyn. en d. l. 4., Inoc. en el cap. 1. *de in integr. restit.* y el Specul. en d. §. *quis autem*, col. 6., donde dice que á los colegios y gremios no alcanza la restitucion; v. Bald. en la l. 1. C. *et. per procur. caus. restit.* Nuestra ley concede la restitucion al comun de ciudades ó villas, lo que segun Alber. en d. l. 4., era la opinion general, y la que habia pasado á la práctica, atendido que son muy frecuentes las lesiones en la administracion de las cosas comunales, por no estar bajo la vigilancia del interes individual, y encargada á veces dicha administracion á personas de mala fe; sin embargo, cree Alber. que atendido el rigor del derecho, es mas acertada la opinion contraria. Téngase pues presente nuestra ley de Part., la que está de acuerdo con Bart., Bald., Salic. y otros en d. l. 4., quienes concluyen que toda ciudad, villa ó castillo que goza del privilegio de municipalidad, goza de igual privilegio que el estado, y de consiguiente le compete la restitucion con tal que se componga de un agregado de vecinos, cuyos intereses comunes esten á cargo de administradores, quienes los rijan como comunes y nó en calidad de propios; sin que importe que se acorte el número de vecinos, ó que la municipalidad esté sujeta á un señor ó al príncipe: esta es la intencion de nuestra ley. Adviértase que hay casos en que el estado goza de iguales privilegios que el fisco, que en otros es mas privilegiado el primero, y que los hay en fin, en que lo es menos, v. Juan de Plat. en la l. 3. C. *de jur. reipub.*

(56) Tenemos aqui que el síndico de una municipalidad puede pedir la restitucion, sin necesidad de mandato especial; añad. Bald. en la l. 1. C. *etiam per procur. caus. restit.*, y Juan de Plat. en la l. 3. C. *de jur. reipubl.*

(57) Concuerda con el cap. 1. *de in integ. restit.*, lib. 6., con la Clement. 1., d. tit., con la Glos., Bart. y DD. en d. l. 4., con la l. 3. C. *de jur. reipub.* y allí Juan de Plat. Dedúcese de aqui, que la Iglesia podrá ser restituida respecto de la prescripcion, dentro de los cuatro años á contar desde el dia en que esta se completó: esta era cuestion dudosa, co-

años(57). Pero si el menoscabo fuesse tan grande, que montase de mas de la meytad del precio (58), que valia alguna de las cosas sobredichas quefuesse enagenada (59), estonce bien

mo dice Abb. en el cap. 1. *de præscrip.*, col. penult. y ult. y en el cap. *ex litteris, de in integ. restit.* col. 5.; véase la Glos. en la nov. 131. cap. 13.: este cuadrienio es al principio útil, d. cap. 1., Abb. lug. arriba cit., col. ult. y Franc. Balb. en su tratado de las prescripciones, fol. 43., col. 2. Contra el lapso de este cuadrienio no cabe la restitucion, porque de lo contrario nos dirigiríamos al infinito, Abb., lug. arriba cit.; v. l. 7. tit. 29. Part. 3. y lo que allí dije. En punto al tiempo, en que empieza á correr este cuadrienio, cuando la iglesia ó el fisco piden la restitucion por no haber probado dentro del término, véase Abb. en el cap. *coram*, al fin *de in integ. restit.* Hoy dia se halla restringido ese tiempo por las ordenanzas de Madrid, y otras leyes.—* Véase sobre esta restitucion la adic. á la glos. 8. de este tit.

(58) Aprueba la opinion de la Glos. en el cap. *ad nostram*, *de reb. Eccles. non alien.*, sobre la palabra *enorme*. Esta parte de nuestra ley es declarativa del cap. 1., *de restit. in integ.*, lib. 6. y de la Glos., la que hablando allí de la lesion enormísima dice que entonces tambien compete la restitucion, pasado el cuadrienio, y lo mismo opina Juan Andr. en d. cap. *ad nostram*, diciendo, *et forsan eminentissimum damnum fuit hic causa admissionis post quadriennium.* Nuestra ley declara lo que se entiende por lesion enorme, diciendo ser tal la que escede á la mitad del justo precio: esta era la opinion de Felin. en el cap. *in præsentia*, *de probat.*, col. 5., de Curt. el mas jóven, cons. 141; col. 3 y de Calcán. cons. 25 La lesion enorme ha dado lugar á disposiciones especiales; ella da derecho al menor para pedir la absolucion del juramento, Abb. en el cap penult; *de empt. et vend.* col. ult. y v. l. 36. al fin, tit 5. Part. 5. Ademas dice Bart. siguiendo la Glos. en la l. *alius*, §. *bellissimè*. *D. quod vi aut clam*, que puede cualquiera recobrar por su propia autoridad sus cosas, cuando de otra suerte se esponia á sufrir un daño considerable, cual en el caso de habérsenos arrebatado algunas cabezas de ganado, las que pueden fácilmente perecer, ó despojádosenos de la posesion de alguna viña, que permaneciendo inculta se deteriorara: véase ademas lo anotado por Bald. en el tit. *de milit. vas. qui contum. est*, cel. ult. y en el §. *item sacramenta*, *de pac. juram. confir.*, col. 2. Por último, el que causa lesion enormísima se presume proceder con dolo, Paul. de Castr. en la l. 65. §. 2. D. *ad Trebell.* y hacen al propósito las ll. 21. vers. *sed dolum* D. *de pecul.* y 34. §. 1. D. *de leg.* 3.

(59) De estas palabras y de las que preceden se infiere que esta ley no quiso hablar del caso en que se hubiese prescrito alguna cosa pertenceciente al fisco y á la iglesia: entonces transcurrido el cuadrienio no cabe reclamacion alguna, como se ve por la l. 7. tit. 29. Part. 3. Considerando esta ley la enormidad del perjuicio comparando lo que se da con lo que se recibe, pues que habla del perjuicio sufrido en la mitad del justo precio (como dicen en materia semejante Bald. en la l. *si societatem.* §. *arbitrorum* D. *pro socio*, y en la l. penult. C. *de arbitr.*, é Inocenc. en el cap. *Quintavallis*, *de jurej.*); es claro que no será aplicable á la prescripcion, de la que resulta siempre un perjuicio enormísimo; de consiguiente esta ley deberá limitarse al caso que las personas de que se trata resultaren perjudicadas, en virtud de sentencia ó de contrato, ó por otra causa que no sea la prescripcion, es decir, siempre que el daño no recaiga en la totalidad de la cosa: empero á esto se opone el que una sentencia puede perjudicar en la totalidad al fisco ó á la Iglesia, y sin embargo se les concediera la restitucion de que se trata, como lo prueba el cit. cap. 1. *de restit. in integr.*, junto con la Glos.: luego, tendrá lugar la restitucion, aunque el perjuicio consista en el todo de la cosa, y de consiguiente, aunque provenga de prescripcion; y si bien nuestra ley habla del perjuicio en mas de la mitad, con mayoría de razon debe estenderse al caso que consista en el todo: á mas de que la palabra prescripcion comprende tambien la enagenacion, l. 28. D. *de verb. signif.* y los DD. en la l. ult. C. *in quib. caus. in integr. restit. non est neces.* Asi pues, en esta materia graduaré de enormísimo el daño, atendiendo al valor de la cosa, á la calidad de la persona que lo sufre y al valor de su patrimonio, arg. l. 52. §. 1. D. *de jud.* y allí la glos. y DD., y Bart. en la l. 31. D. *de jurej.*, col. penult. vers. *sed est advertendum*; esta es la opinion de Socin., vol. 2., cons. 266., col. 11., hablando de la restitucion contra la prescripcion; y esta es la intencion de nuestra ley de Part., pues que tambien habla de la lesion que dimana del trascurso del tiempo. Empero la l. 5. tit. 29. Part. 2. fija el término de cuatro años para pedir la restitucion contra la prescripcion, y análoga es la disposicion de la l. 10. del mismo tit.: podria tal vez decirse que estas leyes no se refieren al caso que la lesion sea enormísima.—*Tenemos por indudable que esta ley de Part. debe limitarse al caso que la lesion enorme proviniese de enagenacion, pues que habla de menoscabo en mas

puede demandar emienda, e restitucion, fasta treinta años (60), desde el dia que fue fecho el enagenamiento de la cosa.

de la mitad del justo precio y de cosa enagenada, espresiones que carecen de aplicacion en el supuesto de dimanar de un juicio ó de prescripcion el menoscabo sufrido. ¿Pero aunque la ley no sea aplicable á estos casos, atendidas sus palabras, no podria serlo por su espíritu? ¿no hay entre los mismos y el de la ley paridad de razon? No; las circunstancias son muy distintas. Supuesta la prescripcion de una finca del comun de algun pueblo, este ha tenido ya cuarenta años para impedir que la prescripcion se completara; de consiguiente añadirle otros treinta para pedir la restitucion, seria un lujo de proteccion que se opone á los buenos principios en los que la prescripcion está basada. Caso que el menoscabo provenga de un juicio la instauracion del mismo y luego cada uno de los fallos pronunciados, debieron sucitar la idea de riesgo de los intereses comunales en las personas encargadas de velar por los mismos; lo que no tiene lugar tan fácilmente cuando se verifica un simple acto de enagenacion: ademas la consideracion que merece la presuncion que á su favor tiene una sentencia que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada, no permiten que al cabo de cerca de treinta años, vuelvan á agitarse las cuestiones que la misma decidió. Agréguese á todo lo dicho que la l. 7. tit. 29. Part. 3. limita sin distincion á cuatro años el derecho de pedir la restitucion por la prescripcion de las cosas comunales, sin embargo de que el daño que de ella resulta es siempre mas que enorme, es en la totalidad, como lo reconoce el mismo Greg. Lopez.

(60) Tenemos aqui marcado el tiempo dentro del cual esta restitucion debe pedirse, lo que no recuerdo haberlo visto en el derecho comun. Tal vez para esto se tuvo en cuenta la l. 3. C. *de præscrip.* 30. *vel* 40. *ann.*, la que dispone que las acciones que no tienen tiempo prefijado se prescriban por el transcurso de 30. años. Adviértase que esta ley de Part. se refiere al caso que la iglesia ó el fisco quieran usar del beneficio de la restitucion: ahora, si habiendo salido perjudicados en mas de la mitad del justo precio quisieren usar de la accion ordinaria que por derecho comun compete en semejante caso, únicamente podrá objetárseles la prescripcion de 40. años, auth. *quas actiones.* C. *de sacras. Eccles.*, Gloss. y DD. en la l. 2. C. *de rescind. vend.* y la Gloss. en el cap. *ad nostram*, *de reb. Eccl. non alien.* Acerca del tiempo, dentro del cual se prescriben las acciones del rey ó del fisco, véase Franc. Balb. en el Tratado de las Prescripciones, chart. 42., col. 2., donde trata de los príncipes que no reconocen superior, y chart. 50. y 51., y ademas la Gloss. y allí Bald. en la l. 2. C. *comm. de usucap.* El beneficio de restitucion que compete al príncipe por razon de los derechos fiscales, ó de los bienes del estado, queda prescrito á los cuatro años; si el daño es enormísimo no se prescribe hasta que hayan pasado 30. Ahora tratándose de un particular que no goce del beneficio de la restitucion, si en un contrato de venta ú otro semejante sufriere engaño en mas de la mitad del justo precio; parece que segun la l. 4. tit. 7. lib. 5. [l. 2. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.] del Ordenam. Real, no deberia ser oido pasados cuatro años; á no ser que probare haber intervenido dolo, ademas del que dice respeto á la cantidad del precio, arg. l. 10. C. *de rescind. vend.* Mediando esta prueba, parece que deberá concedérsele accion mas allá del cuadrienio, arg. l. 6. tit. 16. Part. 7. y l. 63. de Toro. Lo mismo tal vez tendrá lugar si la lesion escediere en mucho de la mitad del justo precio, como se deduce de lo que dije en la glos. 316 del tit. 5. Part. 5.; sin que obste la cit. l. del Ordenam., pues que aquellas palabras, *mas* y *menos*, deben entenderse de un módico esceso, y de suerte que resulten derogadas las leyes que conceden un tiempo mas largo para reparar la lesion enormísima, l. 4. *hæc actio.* D. *de verb. sig.*

APÉNDICE Á LA PARTIDA VI.

DESVINCULACION DE BIENES.

Las leyes de desvinculacion promulgadas desde 1820, necesariamente habian de tener cabida en esta obra. Es verdad que la mayor parte de disposiciones que contienen son de suyo transitorias; pero no tanto que al cabo de cuarenta, sesenta ó mas años, no puedan verse acciones emanadas de las mismas, instituidas en juicio.

Decimos que son transitorias en su mayor parte y no en el todo, porque al lado de la desvinculacion hallamos escrita la prohibicion de vincular y amortizar, disposicion imperecedera segun la intencion del legislador, y en todo caso de efectos mas ó menos duraderos.

No es nuestro objeto hacer un estenso comentario á las leyes de que se trata; esto es, la esposicion de cada uno de los artículos, indagando su inteligencia, su espíritu, sus aplicaciones y sus consecuencias mediatas é inmediatas: semejante trabajo, prescindiendo aun de que ha sido ya dignamente desempeñado por el Sr. Pacheco, no guardara armonía con el sistema que hemos seguido en los demas apéndices. El plan que nos proponemos es distinto; consiste en ordenar las diferentes disposiciones que abrazan las citadas leyes, indicando al paso las cuestiones á que pueden dar lugar, y deteniéndonos principalmente en aquellas sobre cuya solucion no estemos enteramente de acuerdo con los escritores que se han ocupado de esta materia.

Distribúyese ella naturalmente en dos secciones. La primera comprende lo que esencialmente se refiere á la desvinculacion misma y á sus consecuencias, junto con la prohibicion de vincular y amortizar. A la segunda corresponde lo relativo al modo y forma con que despues de restablecida la l. de 11 de octubre de 1820, han sido reconocidos los derechos adquiridos en fuerza de la misma y de las demas que se promulgaron durante el régimen constitucional, hasta que fueron derogadas por el decreto de 1º de octubre de 1823.

SECCION I.

Supresion de las vinculaciones—adjudicacion de los bienes que las componian—derechos que se reservan ó atribuyen á terceras personas—prohibicion de vincular y amortizar.

ARTICULO 1.º

VINCULACIONES QUE SE SUPRIMEN.

Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes, muebles, semovientes, censos, juros, foros, o de cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora á la clase de absolutamente libres; *art. 1. de la ley de 11 de octubre de 1820.*

Los títulos, prerogativas de honor, y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que los poseedores actuales de vinculaciones disfrutan como anejas á ellas, subsistirán en el mismo pié y seguirán el órden de sucesion prescrito en las concesiones, escrituras de fundacion ú otros documentos de su procedencia. Lo propio se entenderá por ahora con respecto á los derechos de presentar para piezas eclesiásticas ó para otros destinos hasta que se determine otra cosa. Pero si los poseedores actuales disfrutasen dos ó mas grandezas de España ó títulos de Castilla, y tuviesen mas de un hijo, podrán distribuir entre estos las espresadas dignidades, reservando la principal para el sucesor inmediato; *art. 13 de la cit. l.*

Tenemos aqui dictada en términos los mas absolutos la desvinculacion de todos los bienes con una escepcion, á lo menos aparente. Sin

embargo, las palabras de que usa la ley no son tan precisas que no den lugar á cuestiones de mas ó menos trascendencia, algunas de las cuales se han agitado en el foro, cuestiones que vamos á tratar por el mismo órden con que se presentan.

1ª Cuestion. —*Los fideicomisos de que habla la ley, son todos sin distincion, ó los perpetuos tan solo?*

Esta es una de las cuestiones de mas alta importancia, ya por el número de interesados en ella, ya porque en algunas provincias son las sustituciones fideicomisarias una de las bases de la constitucion de la familia. Es ella al mismo tiempo de solucion difícil, lo que principalmente proviene de que las ideas de las cortes de 1820 no eran en este punto tan fijas como era menester.

A juzgar por lo que espresa la comision al fin de su dictámen debíamos convenir en que quiso tambien comprender en la supresion los fideicomisos temporales: «las vinculaciones, dice, pugnan con las leyes esenciales del órden civil y del pacto social, las cuales nunca pueden dar á ningun hombre otro derecho que el de disponer de sus bienes durante su vida, ó de transmitirlos á su inmediata generacion, que los hará absolutamente suyos por los títulos de posesion, ó de labor y cultivo con que se adquiere el dominio.»

Empero, al llegar á la discusion hallamos distintas ideas: allí la comision abandona en parte sus singulares principios: allí dice que á su parecer no queda duda de que los fideicomisos temporales que las leyes conceden como medios de restituir ó transferir de unas personas á otras de la generacion existente ó sus inmediatas ciertas herencias, no son objeto del artículo, porque tales fideicomisos no envuelven especie alguna de vinculacion (*a*). Asi discurria la comision apoyándose y muy bien, en los términos del artículo: en efecto, declárase en él suprimididas las vinculaciones, y como una de sus especies los fideicomisos; ahora bien, la palabra vinculacion importa consigo la idea de perpetuidad; luego el artículo tan solo podia ser aplicable á los fideicomisos perpetuos.

Pero hasta aquí la cuestion no ha hecho mas que retroceder, pues que tras la primera dificultad se levanta otra, á saber, si por fideicomisos perpetuos entenderémos únicamente aquellos que contienen un número indefinido de grados, calificando por consiguiente de temporales cuantos consten de un número determinado de sustituciones. Asi resulta de la letra de la ley, pero el espíriritu es distinto.

El objeto que se propusieron las córtes de 1820 fué restituir á la circulacion una cantidad inmensa de bienes que se hallaban fuera de ella, é impedir que de nuevo la propiedad se estancara: este objeto se llenaba imperfectamente si hubiesen debido subsistir ciertas sustituciones fideicomisarias, cuyos efectos podian sentirse durante siglos enteros. Se nos dirá que semejantes sustituciones son muy raras, pues que si alguno estendia su vista mas allá de las generaciones inmediatas, este amayorazgaba, ó lo que es igual, ponia á su disposicion el sello de la perpetuidad. Esto es muy cierto, pero debe tenerse presente que lo que en el art. 1º de la ley se suprime, se prohibe fundar ó crear en el 14, y de consiguiente que si debiesen quedar subsistentes los fideicomisos de un crecido número de grados, seria permitido disponer otros que constaren de una serie de sustituciones, que si bien tendria término marcado, podria abrazar el espacio de uno, dos ó mas siglos.

Ahora bien, sentado que no basta que el número de las sustituciones sea definido para que el fideicomiso subsista o pueda crearse; resta saber cuál es el número permitido, y desde donde empieza la supresion ó la nulidad.

Lo que en este punto se halla fuera de duda es, que si un padre, despues de haber instituido á uno de sus hijos, le gravare de restitucion á favor de otro hijo, á este á favor de otro y asi sucesivamente, tendria efecto semejante disposicion, aunque fueren muchos los grados atendido el número de los hijos del testador: en una palabra, dentro la primera generacion la libertad de sustituir fideicomisariamente es indefinida. Aqui estuvo esplícita la comision, y su idea no fue ni remotamente impugnada. Y á la verdad, fuera de las sustituciones fideicomisarias de un solo grado, no hay otras que mejor puedan llamarse temporales, que las sustituciones entre hermanos, toda vez que en la mayor parte de los casos los bienes quedarán de libre disposicion á los treinta ó cuarenta años despues de la muerte del padre.

De esto se inferirá tal vez *à contrario sensu*, que todos los demas fideicomisos quedaron suprimidos. Pero semejante consecuencia seria inadmisible. En primer lugar porque el argumento en que estriba es por su naturaleza muy arriesgado. Ademas, porque á pesar de haber indicado la comision que admitiria una enmienda en dicho sentido, ni siquiera se propuso, sin embargo de que era absolutamente indispensable, si se queria que el artículo comprendiera en la prohibicion todos los fideicomisos temporales, y que únicamente quedaran autorizadas las sustituciones entre los hijos: pues que la palabra fideicomiso simplemente empleada, ó se habia de referir á todos, ó á los perpetuos tan solo, y nunca podia entenderse de manera que comprendiera á los primeros con parte de los

(*a*) Véase la sesion del 13 de setiembre.

otros. Por fin, admitiendo la indicada consecuencia, resultaran suprimidas las sustituciones fideicomisarias de un solo grado entre colaterales y estraños, lo que indudablemente no entró jamas en la intencion de aquellas córtes.

Quedamos pues reducidos al círculo de las conjeturas. Nosotros aventuraremos una que nos parece bastante probable. Era opinion general popularizada por Jovellanos y adoptada por la comision, que los romanos no conocieron los fideicomisos perpetuos, y que Justiniano en su nov. 159., dando á las sustituciones de esta clase alguna latitud, las habia autorizado hasta la cuarta generacion: de las mismas ideas hallamos algunos vestigios en nuestras leyes antiguas y particularmente en la l. 27. de Toro, donde al autorizarse con ciertas condiciones la imposicion de gravámen de restitucion respecto del tercio, se dice que valga perpétuamente ó por el tiempo que el testador marcare, *sin facer diferencia de quarta ni quinta generacion.* Esta opinion, de cuya exactitud no debemos en este momento juzgar, es un hecho que nos induce á presumir, que por fideicomisos temporales entendieron las córtes aquellos que como tales eran permitidos por las leyes romanas; los mismos que nuestros juristas tenian por válidos aunque no hubiese ley espresa, ni real cédula especial que sancionara el gravámen; esto es, los que no se estendian mas allá de la cuarta generacion, y los que no comprendian mas de cuatro grados, si eran en beneficio de colaterales ó de personas estrañas. Dentro de las cuatro generaciones ó de los cuatro grados de sustitucion, vieron á nuestro juicio las córtes lo temporal, lo que el derecho antiguo esplicado por los juristas permitia; y mas allá, lo que se hizo ó pudo hacerse despues que las leyes de Toro autorizaron la perpetuidad del gravámen de restitucion.

Fuera de esto, no vemos motivo fundado para decidir, dada una serie larga, pero definida, de sustituciones fideicomisarias: no vemos razon para detenernos en un punto mas bien que en otro; en un grado mas bien que en otro grado.

2ª Cuestion. *Las vinculaciones que se suprimen son únicamente las civiles, ó se estiende tambien la ley á toda suerte de patronatos?*

La ley suprime toda suerte de vinculaciones: las palabras *vinculacion*, *vinculado*, tomadas en sentido lato, son aplicables á los bienes de cualquier clase que no son de libre disposicion, sino que van trasmitiéndose con arreglo á lo dispuesto por el que impuso el gravámen y por un tiempo indefinido: á lo que se agrega que el artículo declara suprimidos los patronatos, sin hacer distincion alguna.

Sin embargo, cuando se habla simplemente de vinculacion, se entiende generalmente la civil: la eclesiástica viene de ordinario bajo el nombre de amortizacion. Esto solo bastará para hacer presumir que las Córtes de 1820., al citar los patronatos como una de las especies de vinculacion, se refirieron á los pasivos y puramente laicales; y nó á los activos, fuese ó nó lego el patrono; ni á las capellanías colativas; porque estas y aquellos participan del carácter eclesiástico. Pero lo que es conjetura en presencia del art. 1., se convierte en evidencia examinada la ley por entero: obsérvase desde luego que las palabras poseedor actual carecen de aplicacion en el patronato activo, á no ser que, sin reparar en el absurdo, se dijere que por poseedor actual debe entenderse el obtentor del beneficio: vemos en seguida que las disposiciones sobre la tasacion de bienes y sus cargas, no contienen espresion alguna que haga referencia al patronato activo, ni á las capellanías colativas; y hallamos por fin, que al prohibir la ley toda vinculacion para lo venidero, abraza con claridad la amortizacion eclesiástica, lo que por sí solo indica la intencion de impedir que se aumentara la masa de los bienes eclesiásticos, respetando por aquel momento lo existente.

Este fue en realidad el pensamiento de la comision: asi lo esplicó por boca de uno de sus individuos (*b*); y claro está que habiendo pasado el proyecto sin esperimentar enmienda por lo que á esta parte toca, claro es, decimos, que en el mismo sentido entendieron aprobarlo las Córtes.

Empero lo que no hizo la ley de 1820., lo ha verificado la de 19 de agosto de 1841. Declárase por ella de libre disposicion los bienes de las capellanías colativas familiares, ya sea pasivo ya activo el patronato. Adjudica en el primer caso dichos bienes á los parientes que sean de mejor línea y grado, con arreglo á la fundacion: siendo activo, adjudica los mismos bienes á los parientes llamados á ejercerlo. En todo caso queda salvo el usufructo á los actuales poseedores. La adjudicacion se hace por la citada ley con la obligacion de cumplir, pero sin mancomunidad, las cargas á que los bienes estaban afectos.

3ª cuestion. — *¿Los bienes que se desvinculan son sin escepcion alguna todos los que se hallaban vinculados?*

La comision habia propuesto únicamente la desvinculacion de los bienes raices y estables, olvidando en parte los principios que en su discurso acababa de sentar sobre los límites de la facultad de disponer. Pero al fin triunfó la idea de los que pensaban que la ley debia estenderse á los demas sin escepcion.

(*b*) Véase la sesion del 13 de setiembre.

Todos, pues, vienen comprendidos en la letra y espíritu de la ley, la que es en este punto tan esplícita como era posible y hasta redundante, pues que bastaban las palabras *bienes raices*, *muebles y semovientes*, en las que se comprenden todas las especies.

Hay al parecer una clase de bienes esceptuados por el art. 13. de la misma ley, que hemos transcrito á continuacion del 1º; tales son los títulos, prerogativas de honor, derecho de presentar para piezas eclesiásticas y otras preeminencias de esta clase inherentes á las vinculaciones: empero, hablando legalmente, esos títulos y prerogativas no pueden llamarse bienes. *Bona intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno supersunt*, dice la l. 39. §. 1. D. *de verb. signif.*; de lo que resulta que en rigor tan solo se dirán bienes aquellos que pueden entrar en cálculo con las deudas y gravámenes para dar un resultado líquido en dinero, ó estimable en dinero. Esta circunstancia falta á los títulos y meras prerogativas de honor.

4ª cuestion. —*¿Los bienes vinculados á la época de la ley, quedaron por ella de libre disposicion en su totalidad?*

Que todos los bienes vinculados dejaron de serlo al promulgarse la ley de 1820, no hay para qué dudarlo. Es verdad que el art. 2º reserva la mitad para el sucesor inmediato; pero el gravámen transitorio que constituye semejante reserva, no es bastante para que dicha mitad pueda llamarse vinculada, como se ve por lo que llevamos dicho en la cuestion 1ª, tocante á los fideicomisos temporales. Tampoco puede decirse que el antiguo vínculo subsiste respecto de ella, de modo que no se estinga hasta verificarse la sucesion del inmediato; porque habiendo empezado la ley por decretar la desvinculacion total, es claro que aquella mitad la recibirá el sucesor, no en virtud de la cláusula de fundacion, sino en fuerza de la disposicion de la misma ley, dictada por miramientos á la espectativa; no obstando que para designar al sucesor inmediato se haya referido aquella á la cláusula de fundacion, dado que no cabia designarlo de otra suerte.

Forzoso seria convenir tambien en que todos los bienes antes vinculados quedaron en el mismo instante absolutamente libres ó de libre disposicion, si por sucesor inmediato hubiese entendido la ley el que lo era en aquel momento: porque este y el poseedor actual podian en cualquier tiempo poner en venta, donar, permutar, en una palabra, transmitir por cualquier título, todos los bienes del estinguido mayorazgo; sin que influya en que los bienes sean mas ó menos de libre transmision el que sea menester la voluntad de dos personas, de las cuales la una tenga la propiedad y la otra el usufructo. A mas de que ni esa reunion de voluntades era absolutamente necesaria: en efecto, bajo el supuesto indicado, el sucesor inmediato tenia la propiedad, que por sí solo podia enagenar, y el poseedor el usufructo que podia tambien transmitir libremente: entonces todo el dominio habia de decirse libre, pues que lo eran las partes propiedad y usufructo.

Empero, por sucesor inmediato entiende la ley, como verémos mas adelante, el que al tiempo de la muerte del poseedor actual deberia suceder al mayorazgo, si subsistiese: de ahí es que durante la vida del poseedor no cabe determinar cuál será la persona que deba suceder á la mitad, y por lo mismo no existe sugeto capaz de transmitir la propiedad de la misma.

Resulta de lo dicho, que si bien fueron desvinculados todos los bienes que se hallaban afectos á algun vínculo, quedó una parte que desde luego no pudo decirse de libre disposicion.

Pues que en el acto de promulgarse la ley quedaron desvinculados todos los bienes de que se componian las vinculaciones, es claro que en el mismo instante perdieron todos el privilegio de la imprescriptibilidad de que gozaban. Sin embargo, parece que la prescripcion no correrá contra el sucesor inmediato, hasta que fallezca el poseedor actual; porque mientras este vive carece aquel de accion para demandar su parte, y hállase por lo mismo en la imposibilidad de derecho para interrumpir la prescripcion.

Fácilmente se concibe que la posesion ganada y el tiempo transcurrido antes de la ley de desvinculacion, no podrán alegarse contra el poseedor actual ó el sucesor inmediato; atendido que mientras subsistió el vínculo no podia principiar la prescripcion.

ARTICULO 2.º

PARTE QUE CORRESPONDE AL POSEEDOR ACTUAL Y DE LA QUE ESTE DEBE RESERVAR PARA EL INMEDIATO.

Los poseedores actuales de las vinculaciones suprimidas en el artículo anterior, podrán desde luego disponer libremente como propios de la mitad de los bienes en que aquellas consistieren; y despues de su muerte pasará la otra mitad al que debia suceder inmediatamente al mayorazgo si subsistiese, para que pueda tambien disponer de ella libremente como dueño. Esta mitad que se reserva al sucesor inmediato, no será nunca responsable á las deudas contraidas ó que se con-

traigan por el poseedor actual; *art. 2 de la l. de 11 de octubre de 1820.*

En este punto la comision habia pensado de distinta manera: convenia en conservar la mitad para el sucesor inmediato si no fuese descendiente del poseedor actual; pero teniendo esa calidad el inmediato atribuia la libre disposicion de todos los bienes á dicho poseedor, fundándose en que la ley podia entonces descansar en la discrecion del padre ó abuelo. A esto se le contestó «que si bien el principio »era cierto, no convenia en este caso, porque »se trataba de dar un derecho por la ley, y »no de confiarlo á voluntad agena. El hijo y »el nieto, se añadió, quedaran absolutamente »pendientes de la voluntad de sus padres, y »pudieran ver los bienes, á cuya posesion se »creyeron llamados desde su nacimiento, ó »vendidos, ó disipados, ó trasladados en ma»yor cantidad á sus hermanos menores, sin »recibir en ningun caso compensacion por la »ley, de la espectativa de que les priva» (c). Estas razones fueron bastante poderosas para que el congreso se decidiera á no admitir entre sucesores y sucesores inmediatos la diferencia que proponia la comision. Empero ¿no convenia distinguir entre el sucesor á quien nadie podia privar de su derecho y aquel cuyo llamamiento al vínculo dependia de la muerte del inmediato ó inmediatos, ó de que otras personas no nacieran? Creemos con el Sr. Pacheco que semejante distincion hubiera puesto la ley mas de acuerdo con el principio que reconocia.

Toda vez que la mitad del vínculo se adjudica como libre al poseedor actual, necesariamente habrá de seguir la misma suerte que los demas bienes libres; debiendo considerarse la adquisicion como efectuada en el acto de promulgarse la ley. De aqui se sigue que en las provincias ó pueblos donde por fueros particulares se halla establecida la comunicacion en plena propiedad de los bienes libres entre los cónyuges, quedará sujeta á esta comunicacion dicha mitad; art. 6. de la l. cit. de 11 de octubre. Lo mismo es aplicable á la otra mitad que la ley reserva para el sucesor inmediato; atendido que al momento que la adquisicion se purifica tenemos una verdadera adquisicion de bienes libres por parte de dicho sucesor. Empero, supóngase que al promulgarse la ley se hallaba este casado en pais donde tiene lugar la comunicacion indicada, y que hubiese enviudado al fallecimiento del poseedor actual; en semejante caso ¿los herederos del cónyuge difunto tendrán derecho á participar de la mitad? Es evidente que nó, porque la adquisicion ha recaido fuera del matrimonio: durante el mismo no hubo mas que esperanza, un derecho condicional; y sabido es que únicamente en los contratos la existencia de la condicion se retrotrae.

(c) Véase la sesion del 15 de Setiembre.

Una duda tan solo se ofrece en esta materia; á saber, si por poseedor actual debe entenderse cualquiera que se encontrase serlo de hecho, ó bien aquel á quien de derecho correspondia el mayorazgo cuando la ley se promulgó: pero esta cuestion se halla enlazada con el art. 8. de la cit. l. de 11 de octubre donde se trata de los casos en que queda suspendida la facultad de disponer de la mitad de los bienes que fueron del vínculo; y por esta causa la reservamos para el art. 6º de esta seccion.

ARTICULO 3.°

DE LA FORMA EN QUE PUEDE DISPONER DE LA MITAD Ó PARTE DE ELLA EL POSEEDOR ACTUAL.

Para que pueda tener efecto lo dispuesto en el artículo precedente, siempre que el poseedor actual quiera enagenar el todo ó parte de su mitad de los bienes vinculados hasta ahora, se hará formal tasacion y division de todos ellos con rigurosa igualdad, y con intervencion del sucesor inmediato, y si este fuere desconocido ó se hallare bajo la patria potestad del poseedor actual, intervendrá en su nombre el procurador síndico del pueblo donde resida el poseedor, sin exigir por esto derecho ni emolumento alguno. Si faltasen los requisitos espresados, será nulo el contrato de enagenacion que se celebre; *art. 3.° de la ley de 11 de octubre de 1820.*

En los fideicomisos familiares, cuyas rentas se distribuyen entre los parientes del fundador, aunque sean de líneas diferentes, se hará desde luego la tasacion y repartimiento de los bienes del fideicomiso entre los actuales perceptores de las rentas á proporcion de lo que perciban, y con intervencion de todos ellos; y cada uno en la parte de bienes que le toque, podrá disponer libremente de la mitad, reservando la otra al sucesor inmediato para que haga lo mismo con entero arreglo al artículo 3.°; art. 4, de la cit. ley.

Lo dispuesto en los artículos transcritos de la ley de 11 de octubre, fue modificado por las disposiciones siguientes:

Aclaracion de 19 de mayo de 1821. — Habiendo acudido á las Córtes el Duque de San Lorenzo en solicitud de que en atencion

á lo proliga y costosa que le seria la tasacion y division de todos sus bienes vinculados para separar la mitad vendible con intervencion del inmediato sucesor, conforme al art. 3.º de la ley de 11. de octubre del año próximo pasado, se le autorice por medio de una declaracion general ó de una dispensa particular, para vender algunas fincas conocidamente inferiores en su valor al de la mitad disponible; las cortes se han servido declarar; que el Duque San Lorenzo, conforme al espíritu de la ley de 11 de octubre citada, está habilitado para enagenar una parte de sus mayorazgos, que sea notoriamente inferior á la mitad del valor de ellos; haciéndose designacion de las fincas y la tasacion de las que se proponga vender, con intervencion del sucesor inmediato para que á su tiempo pueda lo vendido imputarse en la mitad que queda disponible al poseedor.

Ley de 19 *de Junio de* 1821.—Art. 1.º El poseedor actual de bienes que estuvieron vinculados, podrá enagenar los que equivalgan á la mitad ó menos de su valor sin previa tasacion de todos ellos, obteniendo el consentimiento del siguiente llamado en órden. Prestado el consentimiento por el inmediato, no tendrá accion alguna cualquiera otro que pueda sucederle legalmente, para reclamar lo hecho y ejecutado por virtud del convenio de su predecesor.—*Art.* 2.º Si el inmediato fuese desconocido, ó se hallare bajo la patria potestad del poseedor actual, deberá prestar el consentimiento el Síndico Procurador del lugar donde resida el poseedor con arreglo al art. 3.º del decreto de 27 de setiembre, cuyo contimiento prestarán igualmente por sus pupilos y menores los tutores y curadores, quienes por el valor de este acto y salvar su responsabilidad, cumplirán con las formalidades prescritas por las leyes generales del Reyno cuando se trata de un negocio de huérfanos y menores.—*Art.* 3.º En el caso de que se opongan al consentimiento para la venta el siguiente llamado en órden, y los tutores ó síndicos, tratándose de la enagenacion íntegra de la mitad de los bienes, se cumplirá con la tasacion general que prescribe la ley de 27 de setiembre, pero si solo se pretendiere vender una ó mas fincas, cuyo valor no alcance á la mitad, y hubiere igualmente oposicion, podrá el poseedor ocurrir á la autoridad local, y comprobado que en el valor de otra ú otras queda mas de la mitad que le es permitido enagenar, se autorice la venta por el Juez y se proceda desde luego á ella.

En resúmen; por la ley de 11 de octubre si el poseedor actual queria enagenar el todo ó parte de la mitad, debia preceder necesariamente la tasacion y division de que habla el art. 3º. En virtud de la ley de 19 de junio, esta formalidad puede suplirse, por lo que mira á la validez de la enagenacion, por medio del consentimiento del sucesor inmediato ó de la persona ó personas que lo representan; y á su vez la falta de este consentimiento podrá suplirse, cuando no se trate de enagenar la mitad íntegra, impetrando la autorizacion judicial.

Division.

Hay que atender en este punto; 1º, á las personas entre las cuales la division debe practicarse: 2º, á la forma de la division: 3º, á los efectos de ella: 4º, al valor de los actos de enagenacion que se verificaren sin preceder semejante requisito, ni el consentimiento del sucesor inmediato, ó la autorizacion que puede suplirlo.

En cuanto á las personas no presenta dificultad la ley, pero se ofreció á sus autores. En efecto, adjudicábase la mitad al poseedor actual, nó en cosas determinadas, sino pro indiviso: en cualquiera de las que integraban el vínculo habia de reconocer un condueño, sin cuyo consentimiento, segun los principios generales del derecho no podia enagenarla, mientras la division no se efectuase, la que tampoco podia tener lugar sin la intervencion del mismo condueño: y de otra parte, durante la vida del poseedor actual, forzosamente habia de ignorarse, quien era ese condueño, esto es, el que seria sucesor inmediato al fallecimiento del poseedor actual. Semejante obstáculo se hizo desaparecer, reconociendo por sucesor inmediato, asi para intervenir en la division, como para consentir en las enagenaciones, al que en realidad lo fuera, si al tiempo de la cuestion hubiese fallecido el indicado poseedor.

Salvada esta dificultad no quedaba mas que aplicar las reglas del derecho comun; y asi se hizo y en la siguiente forma.

Si el sucesor inmediato es *sui juris*, intervendrá por sí mismo.

Si es pupilo ó menor de edad, intervendrán en su nombre sus tutores ó curadores.

Si es desconocido, ocupará su lugar la persona destinada para representar los intereses comunes, el procurador síndico del pueblo.

Creyóse ademas conveniente que por el mismo funcionario fuese representado el sucesor inmediato que estuviere bajo el poder patrio del poseedor, con objeto de apartar toda sospecha de fuerza moral.

Por lo que mira á la forma de la division, ocurre desde luego, si esta deberá ó nó practicarse con la intervencion de la autoridad judicial. Opinamos por la afirmativa, atendido de una parte, que la palabra *formal* con que la ley califica á la tasacion y division, indica no ser bastante cualquiera de las divisiones que se conocen, la judicial ó la estrajudicial; y de otra, que dicho calificativo es únicamente aplicable á la judicial, pues que ella sola está sujeta á ciertos trámites ó formas. Se nos dirá tal vez, que á lo menos despues de la ley de 19 de junio será suficiente la division estrajudicial, cuando el sucesor inmediato es mayor de edad y no sujeto á la patria potestad del poseedor actual, pues que su consentimiento estrajudicialmente manifestado, basta, segun dicha ley, para autorizar la enagenacion de los bienes del antiguo vínculo: empero, si bien el argumento tendria alguna fuerza, no es del todo concluyente, si se considera que el consentir en la enagenacion, no equivale á la division, ni la escluye para lo sucèsivo, para cuando muera el poseedor actual; ya sea que la reclame el mismo que consintió, ya sea otro que suceda en su lugar.

Otra cuestion se nos presenta, suscitada por el Sr. Pacheco en sus comentarios á las leyes que nos ocupan, á saber, si en el acto de la division tendrá derecho el poseedor actual para escoger las fincas que le acomodaren, con tal que su valor total no esceda de la mitad de la antigua vinculacion. Si esta cuestion debiese resolverse atendiendo únicamente á la ley de 11 de octubre, nos decidiríamos sin vacilar por la negativa; porque disponiendo el art. 3º que la division se efectúe *con rigurosa igualdad*, no podria ninguno de los conparticionarios reclamar preferencia alguna, pues que la preferencia y la igualdad rigurosa son incompatibles; y de otra parte preferencia es el atender á la afeccion del uno, sin dar lugar á la del otro. El Sr. Pacheco, llevando la opinion contraria se apoya principalmente en que el que era poseedor del vínculo queda por la ley disfrutando de todas las fincas, con el único gravámen impuesto por la misma ley (art. 2.), de reservar la mitad para el inmediato; dejándole la mitad, añade, se cumple enteramente con el precepto, sin necesidad de ningunas otras condiciones. Pero, sea cual fuere la fuerza de este raciocinio, considerando aisladamente el cit. art. 2º; nosotros advertimos que este se halla enlazado estrechamente con el 3º, donde se espresa que para que pueda tener efecto lo dispuesto en el artículo anterior, esto es, para que el poseedor actual pueda disponer del todo ó parte de la mitad, se hará formal tasacion y division con rigurosa igualdad: con esto se esplica el precepto anterior abstracto de reservar la mitad, y esto mismo nos dice que la tasacion y division formal hecha con rigurosa igualdad, es el único medio de determinar en qué bienes dicha mitad deba fijarse. Es visto, pues, que la ley no se limita á imponer simplemente el gravámen de la indicada reserva.

La cuestion ha podido nacer despues de la aclaracion de 19 de mayo y de la ley de 19 de junio. En efecto, ellas conceden al poseedor actual el derecho de enagenar alguna finca ó fincas cuyo valor no alcance á la mitad del vínculo, con solo probar esta circunstancia: hé aqui en el poseedor actual la facultad de elegir antes de la division; de lo que se infiere al parecer, que igual facultad deberá concedérsele, si la division se practica. Sin embargo, para el caso qué el poseedor actual quiera enagenar la mitad íntegra y no consienta el inmediato, el art. 3º de la misma ley de 19 de junio quiere que se cumpla con la tasacion general que prescribe la ley de 11 de octubre; es decir, que entonces rige la ley primitiva, ante la cual hemos visto que no podia sostenerse el derecho de eleccion de que se trata. Pero ¿qué razon pudo haber para negar al poseedor en un caso lo que en otro se le concede? Si no nos equivocamos, esta razon es obvia. El objeto de la ley de 19 de junio fue facilitar las enagenaciones, á las que se oponia el obstáculo de la tasacion general, mayormente cuando se trataba de un mayorazgo considerable: adoptó al efecto el medio de autorizar al poseedor para enagenar una parte que no fuese la mitad íntegra, sin el requisito de la tasacion indicada, y aun cuando se opusiese el inmediato; pero al mismo tiempo fue preciso que el poseedor pudiese designar la finca ó fincas, y de consiguiente renunciar en este caso á que resultara la igualdad rigurosa. Esto sentado se concibe, que no pudiendo llenarse dicho objeto, esto es, en el supuesto de ser indispensable la tasacion general, se concibe digo, que para entonces se prescribiera la observancia de la ley de 11 de octubre.

Si esta, como juzgamos, es la verdadera inteligencia de las citadas leyes, es claro que cuando se trate de la division del antiguo vínculo y de adjudicar cada una de las dos mitades en que se haya dividido, será preciso atender á las reglas del derecho comun en materia de division de herencias.

Pasemos á los efectos de la division. La ley de 11 de octubre no era bastante esplícita en este punto. Lo único que de ella se deduce es que será válida la enagenacion que se efectúe despues de practicada la tasacion y division formal. La de 19 de junio pasa mas adelante: no solo declara válida la enagenacion, sí que

ademas niega toda accion para impugnarla, á los que vengan á suceder en lugar del que era sucesor inmediato cuando ella tuvo lugar: y si bien dicha ley habla de lo obrado en virtud del convenio ó consentimiento de semejante sucesor; es evidente que con mayoría de razon deberá estenderse al caso que el poseedor actual disponga de su mitad, apoyado en la tasacion y division formal, de la que aquel consentimiento se considera como un suplente, por lo que mira á la validez de las enagenaciones. Quede pues sentado que ni el sucesor inmediato que intervino en la division, ni cualquier otro que despues suceda en su lugar, tienen accion para dirigirse contra los terceros poseedores de bienes enagenados por el poseedor actual, en virtud de la division practicada.

Pero ¿qué dirémos de la division misma? ¿será tambien inatacable por parte del sucesor inmediato? Si ella fue resultado de un juicio verdaderamente contradictorio, parece que no puede caber recurso para rescindirla: tan solo en el supuesto que hubiesen quedado algunos bienes sin dividir, habrá lugar á completarse la division, hubiese ó nó procedido con dolo el poseedor actual.

Si la division, aunque judicial, se hubiese verificado conviniendo las partes, de modo que el juez no hiciera mas que interponer su autoridad; creemos que tanto el sucesor que intervino, como el que tal vez suceda en su lugar, tendrán accion contra los herederos del poseedor actual, asi en el caso de dolo de parte de este, como en el supuesto de lesion.

Se nos objetará tal vez que la citada ley de 19 de junio niega en términos espresos toda accion de esta clase al que venga á ser sucesor inmediato. Pero esto no es enteramente exacto. La ley no niega al inmediato toda accion que pudiese resultar de las circunstancias ó vicios del convenio, y por consiguiente de la division: dice únicamente que no tendrá accion *para reclamar lo hecho y ejecutado por virtud del convenio de su predecesor*; es decir, que no debe ser oido si pretende que se rescindan las enagenaciones, constituciones de hipoteca y otros actos de esta clase, que á consecuencia ó en fuerza del convenio se hubiesen ejecutado; y con mayoría de razon, cuando se verificaron en virtud de la division formal: niega al sucesor inmediato y á cualquiera que venga á ocupar su lugar, las acciones contra terceros poseedores, acciones que nosotros no le concedemos. Este es el sentido literal de la ley, conforme de otra parte con su espíritu: en efecto, el objeto visible y reconocido fue en esta parte facilitar desde luego la enagenacion de la mitad de los bienes pertenecientes á las vinculaciones que se estinguian: para ello se ofrecia el inconveniente que mas arriba hemos indicado; y las Córtes lo salvaron, reconociendo (por lo que mira á la division y al consentimiento para enagenar) por sucesor inmediato, ó como representante de otro cualquiera que pudiese serlo, al que lo fuera falleciendo el poseedor actual cuando tales actos tuviesen lugar, y de modo que lo hecho ó consentido por este debiese considerarse como hecho ó consentido por cualquiera que en definitiva llegase á ser el sucesor inmediato: de esta suerte los que adquirian del poseedor actual despues de practicada la division con el inmediato, ó en fuerza del consentimiento del mismo, quedaban enteramente libres de toda reclamacion de parte del que vindicara la mitad como inmediato. Si el contexto del art. 1º de la ley de 1821 hubiese comprendido mas de lo que queda indicado, hubiera sido indudablemente contra la intencion de sus autores.

Si se nos propone el caso de haber procedido dolosamente el inmediato sucesor presunto, consintiendo en una division desigual; tambien negarémos al que venga á suceder en su lugar el derecho de reclamar contra lo hecho y ejecutado á consecuencia de la division; pero no podrémos dejar de reconocer en él dos acciones; una de reparacion de perjuicios contra los herederos del que cometió el dolo, y otra fundada en la lesion, contra los sucesores del poseedor actual.

Quédanos por examinar cuál sea el valor de los actos de transmision de bienes, celebrados sin preceder la division, ni el consentimiento del inmediato ó la autorizacion judicial. En esta parte parece que no puede levantarse duda alguna, toda vez que en semejante caso la ley declara nulo el contrato de enagenacion. No obstante, creemos que aqui se confundieron, sin quererlo, dos cosas esencialmente distintas; la enagenacion, y el contrato que es causa de ella. En efecto, el objeto de las Córtes era impedir que los derechos del sucesor inmediato se hiciesen ilusorios por el poseedor actual: para esto era menester y bastaba declarar anticipadamente nula la transmision de bienes ejecutada sin los requisitos de la ley: bastaba, repetimos, semejante declaracion de nulidad, y que en consecuencia quedara salva al inmediato la accion real ó vindicativa, y para nada se necesitaba declarar nulo el contrato. Mas aun, este contrato debia y debe subsistir en buena jurisprudencia, cual la venta de cosa agena, á fin de que el comprador que hubiese procedido con buena fe, pueda reclamar la indemnizacion del poseedor actual ó sus herederos: de lo contrario tendríamos una injusticia que hasta careciera de objeto aparente. Asi pues, es mas que probable que en la ley de 11 de octubre se tomó la frase, *contra-*

to de enagenacion, como equivalente de *acto de enagenacion.*

Hasta aqui hemos partido del supuesto que no hubiere mas que un poseedor actual: pero casos habrá en que sean dos ó mas, como en los fideicomisos temporales, cuyas rentas debian distribuirse entre los parientes del fundador, siendo ellos poseedores pro indiviso de los bienes que formaban la vinculacion. Para este caso la ley previene una division preliminar entre los parientes actuales perceptores de las rentas; la que practicada, cada uno de los perceptores está en el mismo caso, en cuanto á la parte que le ha tocado, que el poseedor único de un mayorazgo, respecto de la totalidad de los bienes que lo componian; es decir, que cada perceptor podrá disponer de la mitad de dicha parte, reservando la restante para su inmediato.

Se suscitará aqui la duda de si debe ó no ser judicial la division preliminar indicada. Si ha de tener ese carácter, como creemos haberlo demostrado, la que ha de practicarse entre el poseedor actual y el sucesor inmediato, con mayoría de razon habrá de ser de esta clase la de que se trata, atendido que en ella no interviene persona alguna en representacion de los sucesores inmediatos, algunos de los cuales podrian salir perjudicados de la division.

Otra duda nos ofrece la ley, tocante á la misma division: leemos que esta se practicará *desde luego*, cuyas palabras en su sentido literal se refieren al tiempo inmediato á la promulgacion de la ley; y de otra parte no pudo ser tal la intencion. En efecto, poco importaba para el objeto de la ley, que los perceptores de las rentas siguieran por mas ó menos tiempo en comunion, ni habia razon para negarles semejante derecho. Bastaba que al instante que por cualquiera de ellos se instara la division, debiese al momento, sin demora verificarse, y que en todo caso ella precediese á la que se practicara entre cada uno de los mismos y el sucesor inmediato. Esto es lo que indudablemente quiso espresarse con aquellas palabras *desde luego*. Supóngase lo contrario y tendrémos un precepto falto de objeto y sin sancion, á no ser que se consienta en el absurdo de privar del derecho sobre los bienes que constituian el fideicomiso, á los perceptores que hubiesen diferido la division.

Consentimiento del sucesor inmediato para enagenar.

Las mismas personas que deben intervenir con el poseedor actual en la tasacion y division, son las que pueden dar á este su consentimiento para enagenar ciertas y determinadas fincas, antes que se verifique dicha division. Hay no obstante una diferencia entre uno y otro caso: cuando la ley autoriza á los tutores ó curadores del sucesor inmediato menor de edad, para que intervengan en la tasacion y division, no les prescribe ningun requisito, del que esté exento el inmediato que tiene libre la administracion de sus bienes; al paso que al atribuirles la facultad de consentir en la enagenacion, les previene que cumplan con las formalidades prevenidas por las leyes del reino, cuando se trata de un negocio de menores.

Semejante distincion está enteramente de acuerdo con los principios del derecho comun. Con efecto, si bien toda division viene á parar á la enagenacion, es ella necesaria en este caso de parte del que no ha provocado la division, de consiguiente el tutor ó curador puede y debe intervenir, una vez requerido, sin que necesite de la autorizacion judicial. Por el contrario la ley no precisa al sucesor inmediato á que consiente en la enagenacion; la que se efectúa en fuerza del consentimiento del mismo es pues voluntaria, y como tal prohibida á los tutores y curadores, mientras no obtengan la autorizacion del juez, previa informacion de necesidad ó utilidad; y estas son las formalidades á que se refiere la ley de 19 de Junio.

La utilidad resultará con solo probar que la finca ó fincas que se trata de enagenar no llegan á la mitad de los bienes; pues que comprobado este hecho tendrémos que es mas ventajoso consentir en la enagenacion, que provocar una division formal con todos los gastos que trae consigo; division que podrá no ser necesaria en lo venidero, ya por verificarse amistosamente, ya porque el pupilo ó menor suceda al poseedor actual.

Convenimos con el Sr. Pacheco en que los aprecios formales y solemnes no deberán contarse entre las indicadas formalidades, porque es precisamente lo que la ley citada se propuso evitar.

Advierte además el ilustrado escritor que acabamos de citar, que si bien dicha ley, atendido su contesto literal, se refiere únicamente á los tutores y curadores cuando habla de aquellas formalidades; por igualdad de razon deberá estenderse á los síndicos cuando representan á un menor, pues que entonces son curadores especiales nombrados por la ley. Nosotros la estendemos mas aun: en nuestra opinion debe sujetarse á las mismas formalidades el síndico que consiente en la enagenacion representando á un sucesor desconocido: porque este puede ser un menor de edad.

Cual sea el valor de la enagenacion hecha en virtud de consentimiento del inmediato ó de los que legalmente lo representan, nos lo manifiesta el art. 1º de la cit. l. de 19 de junio,

con aquellas palabras; *prestado el consentimiento por el inmediato, no tendrá accion alguna cualquiera otro que pueda sucederle legalmente para reclamar lo hecho y ejecutado por virtud del convenio de su predecesor.* Mas arriba, haciendo aplicacion de este artículo al caso de haberse practicado formal division, hemos visto que así por su letra, como atendido su espíritu, no escluia otras acciones que las que pudieran tener lugar contra los terceros poseedores de las cosas enagenadas; debiendo quedar salvas las personales contra el poseedor actual ó sus herederos, cuando hubiese mediado lesion ó dolo. Así, pues, si el inmediato, ya sea simplemente por error, ya fuese por dolo del poseedor actual, consintió en la enagenacion de ciertas fincas cuyo valor esceda de la mitad del total de la antigua vinculacion, tendria accion para reclamar los perjuicios contra los herederos del poseedor actual; y la misma accion deberá concederse al que suceda en lugar del que fué inmediato, y contra los herederos del mismo, si este consintió á sabiendas en semejante enagenacion. Los terceros poseedores se hallan por punto general á cubierto de toda reclamacion; pues si bien en este caso aun podrian acogerse á las palabras generales de la ley, tendrian en contra el espíritu de la misma, como se deduce de lo que llevamos espuesto en el lugar citado.

Enagenacion en virtud de autorizacion judicial.

Hemos visto que esta autorizacion puede pedirse cuando se trata de enagenar, sin preceder la division, una parte menor que la mitad, y niega su consentimiento el inmediato.

El juez competente será el del lugar donde reside el poseedor actual; lo que, si bien la ley no lo espresa, se infiere de lo que dice respecto del síndico en los casos en que su intervencion es necesaria.

Ocioso parece advertir que la informacion sobre que los bienes que se trata de enagenar no alcanzan á la mitad, deberá recibirse con citacion y audiencia del sucesor inmediato ó de la persona que por la ley debe representarlo.

ARTÍCULO 4.º

CARGAS QUE PESABAN SOBRE LA VINCULACION.

Las cargas asi temporales como perpetuas á que esten obligados en general todos los bienes de la vinculacion, sin hipoteca especial, se asignarán con igualdad proporcionada sobre las fincas que se repartan y dividan, conforme á lo que queda prevenido, si los interesados de comun acuerdo no prefiriesen otro medio; *art. 7 de la ley de* **11** *de octubre de* **1821**.

Una condicion ante todo se requiere en la carga ó gravámen para que quede sujeto á la division de que habla el artículo, y es que pese en general sobre todos los bienes de la vinculacion. Pero ¿qué dirémos si gravitara sobre uno de los patrimonios de que se constituyó el vínculo, ó sobre otro que despues se le agregó? Creemos que semejante carga viene tambien comprendida, ya atendido el espíritu de la ley, ya porque á las palabras *todos los bienes*, añade á continuacion, *sin hipoteca especial;* lo que indica que únicamente se escluye la carga que grave especialmente una de las fincas de la antigua vinculacion.

Las cargas generales podemos distribuirlas en cuatro clases, á saber: 1ª Simple hipoteca general en garantía de alguna obligacion: 2ª Censos creados por el mismo vinculador ó sus antecesores, ó bien por alguno de los sucesores, mediante real cédula. — 3ª Viudedades y pensiones alimenticias: — 4ª Obligaciones impuestas por el fundador en provecho de establecimientos, ó en bien del alma, ó á favor de alguna familia.

La simple hipoteca se la encontrará rarísima vez; porque debiendo ser constituida por el fundador ó sus antecesores, es claro que se habrá estinguido por prescripcion, á menos que fuese de creacion muy reciente el vínculo. Si semejante gravámen existiere, tenemos por indudable que no perderá su calidad de indivisible, esto es que seguirá pesando solidariamente sobre cada una de las fincas del patrimonio obligado; porque no es razon para que la hipoteca se modifique y se disminuya la garantía del acreedor, por la circunstancia de haberse amayorazgado despues los bienes hipotecados y restituídose posteriormente á la circulacion. Ademas, hablando el artículo de la hipoteca como garantía de las cargas, manifiesta que no quiso comprenderla bajo aquella denominacion.

En cuanto á censos, no será tan difícil hallarlos que pesen sobre todos los bienes del vínculo, ó sobre alguno de los patrimonios de que se componia. Ahora bien, cuando aparezcan tales censos, ¿se les sujetará tambien á la division de que habla la ley? La misma razon que en la hipoteca hallamos aqui para la indivisibilidad; pues que el acreedor censualista contrató una garantía, que, si no por ley espresa, á lo menos por la práctica es indivisible.

Tampoco vienen comprendidas en las cargas de que se trata, las pensiones alimenticias que se deben á los inmediatos, y las viudedades; atendido que de estas y aquellas se trata especialmente en el art. 10 de la misma ley de 11 de octubre.

Tenemos pues, que el artículo que nos ocupa se refiere únicamente á las cargas que hemos colocado en último lugar, á las que proviniesen de las disposiciones del mismo fundador del vínculo. Concretado el artículo á semejantes cargas no se halla en él ni irregularidad, ni inconsecuencia; pues que pesando ellas sobre el cuerpo moral vínculo, natural era que desapareciendo este y no quedando mas que fincas que antes lo componian, se dividiese entre esas fincas ó partes, lo que afectaba al todo que habia desaparecido: y tanto mas, cuanto el derecho de los interesados procedia del mismo acto de la vinculacion ó cuando menos de la voluntad del mismo vinculador; en una palabra, toda vez que los vínculos naufragaban, natural y justo era, que sintiesen las consecuencias de la supresion, como avería comun, cuantos tenian derechos enlazados con la creacion y existencia de los mismos vínculos.

Llevamos indicado que entre las cargas que se dividen, debe contarse la obligacion impuesta por el fundador del vínculo, de entregar cierta pension ó tal ó cual parte de frutos á los individuos de cierta familia, ó descendientes de determinada persona. Esto no puede ofrecer dificultad; pero conviene advertir que semejante gravámen, que es un derecho respecto de la familia agraciada, viene á ser un vínculo del propio derecho, creado á favor de dicha familia; un vínculo dentro de otro vínculo, respecto del cual el poseedor actual será el que ahora esté en posesion de percibir la pension ó los frutos. Ahora, como la ley ha suprimido las vinculaciones de toda especie de bienes y por consiguiente de los derechos: vendrá tambien comprendida esta de que se trata, y de consiguiente el poseedor actual tendrá libre la mitad de aquel derecho, reservando la otra para el inmediato.

Si debiesen suceder en el derecho de percibir la pension ó los frutos, los individuos de la familia designada por el fundador, y segun el órden que este prescribió; deberíamos suponer autorizadas para lo sucesivo las disposiciones de esta naturaleza, y por medio de ellas se eludia fácilmente la ley en cuanto prohibe vincular y amortizar. Con efecto el que tenia esa intencion, no amayorazgaba directamente sus fincas, sino que instituia á un heredero libre, con el gravámen sobre las mismas de una pension anual, que podia absorber la mayor parte de los productos, á favor de cierta persona y sus descendientes, esto es á favor de aquella en la que en otro caso hubiera encabezado el mayorazgo.

ARTÍCULO 3.°

CASOS EN QUE EL POSEEDOR ACTUAL PUEDE DISPONER DE LA TOTALIDAD DE LOS BIENES.

Primer caso.

En los mayorazgos, fideicomisos, ó patronatos electivos, cuando la eleccion es absolutamente libre, podrán los poseedores actuales disponer desde luego como dueños del todo de los bienes; pero si la eleccion debiese recaer precisamente entre personas de una familia ó comunidad determinada, dispondrán los poseedores de solo la mitad, y reservarán la otra para que haga lo propio el sucesor que sea elegido; haciéndose con intervencion del procurador síndico la tasacion y division prescrita en el art. 3.°; *art.* 5.° *de la ley de* 11 *de octubre de* 1820.

En los mayorazgos y demas vinculaciones de eleccion, la facultad de elegir se hallaba circunscrita dentro los límites de la familia, sea que el fundador lo hubiese dispuesto, sea que nada hubiese prevenido acerca la estension de dicha facultad. La eleccion era absolutamente libre en el único caso de haberlo asi espresado el fundador, lo que muy rara vez acontecia.

Es evidente que cuando ocurre una vinculacion de esta clase, en que la eleccion sea absolutamente libre, no hay espectativa á la que pueda perjudicarse, ó esperanza fundada que pueda dejarse burlada: falta pues entonces el motivo que indujo á prescribir por punto general la reserva de la mitad para el inmediato, y es consiguiente que desde luego todos los bienes sean de libre disposicion para el poseedor actual.

Una escepcion admite el Sr. Pacheco, fundada, no en la letra, pero sí en el espíritu de la ley; á saber, cuando al promulgarse la misma ley tuviese ya hecha la eleccion el poseedor actual, con la circunstancia de tener conocimiento de ella el agraciado. Indudablemente la escepcion es admisible, pero nó en todo caso. La eleccion podia ser ya irrevocable, ya revocable. Al poseedor no le era permitido revocar la eleccion una vez hecha, si el fundador concedió simplemente la facultad de elegir el sucesor; pero sí en el supuesto que dicha facultad se hubiese conferido al poseedor para el tiempo de la muerte; Molina de Hispan. Primog. Lib. 2. cap. 4 números 22. y sigs.

Ahora bien, en el supuesto de ser irrevocable la eleccion hecha, hay espectativa, la que debe ser respetada, segun el espíritu que en la ley domina. Empero si es revocable, si pende de la mera voluntad del poseedor, no existe esperanza que deba tenerse en cuenta; y sin tocar á la libre facultad de elegir que tiene el poseedor hasta su muerte, no podria

atribuirse al elegido un derecho que al dia siguiente no pudiera quitarle aquel, trasladándolo á otra persona.

Segundo caso.

Aclaracion de 19 *de mayo de* 1821. —El capitan de navío retirado D. Andres Fernandez de Viedma, vecino de Jaen, ocurrió á las Córtes pidiendo permiso para disponer del total de las vinculaciones que posee, mediante á no tener sucesor conocido dentro del cuarto ó quinto grado, y en atencion á que si llegase á verificarse su fallecimiento antes de averiguar quién hubiese de serlo en cada una de dichas vinculaciones, resultarian tantos pleitos cuanto es el número de estas; y en vista de dicha esposicion se han servido conceder al citado don Andres Fernandez de Viedma el permiso que solicita, con la calidad de suplir la dificultad que presenta la prueba negativa de no tener sucesores legítimos, por medio de una informacion de testigos, que aseguren quedar por muerte de dicho Viedma reducidos sus bienes á la clase de mostrencos; fijándose edictos por el término de dos años, de ocho en ocho meses, tanto en el pueblo de dicho poseedor, como en los lugares donde se hallan sitos los bienes amayorazgados, y en la capital del Reino, con el fin de que se publiquen en la Gaceta ministerial, y otros papeles públicos, que el juez de primera instancia ante quien deba seguirse esta causa, gradúe por convenientes, y citándose y emplazándose á los que se juzguen con derecho á suceder; para que comparezcan por sí ó por sus apoderados dentro del citado término, con apercibimiento que, pasado este, se procederá á la declaracion de ser libres los referidos bienes, y que el actual poseedor podrá disponer de ellos como mejor fuere su voluntad, segun se ha practicado y practica en las causas de mostrencos, vacantes y abintestatos. Cuya resolucion quieren las Córtes sea general para todos los poseedores de vinculaciones que se hallan en iguales circunstancias.

Si al imponerse la obligacion de reservar la mitad, fue por miramiento á la espectativa, esto es á la esperanza fundada del inmediato, á los cálculos echados, á las obligaciones que hubiere contraido apoyándose en la futura sucesion al mayorazgo: si fue este el único motivo que tuvo la ley de 11 de octubre, como asi es en efecto, para ordenar semejante reserva al poseedor actual; era consiguiente, y resultaba del espíritu y hasta de la letra de la ley misma, aunque de un modo indirecto, que no existiendo sucesor inmediato, por ser el poseedor actual la última persona de las líneas llamadas, que faltando aquellas esperanzas y semejantes cálculos, cesara la obligacion dicha, ó lo que es igual, que los bienes fuesen todos de libre disposicion para el citado poseedor.

Esta consecuencia la vemos deducida por la misma ley respecto de los mayorazgos, fideicomisos y patronatos de eleccion absolutamente libre: y la aclaracion transcrita de 15 de mayo la aplicó al caso que nos ocupa de faltar de todo punto el sucesor para la vinculacion.

Tenemos pues que en todo caso el poseedor actual será desde luego dueño de la totalidad de los bienes que constituian la vinculacion, si no existe sucesor inmediato. Decimos desde luego, porque lo que atribuye el derecho á la mitad que en otro caso debia reservarse, es el hecho de faltar semejante sucesor, y nó la prueba de este hecho, la que sirve tan solo para apoyar la declaracion de que el derecho existia: mientras esta prueba no se efectúe, la posicion del poseedor actual respecto de dicha mitad, es parecida á la de un dueño mientras ignora ó no puede probar el dominio que le pertenece, quien por esta causa no deja de ser dueño y de transmitir su derecho á los sucesores.

Si el poseedor actual no puede ó no quiere probar la falta de sucesor inmediato, sus facultades se hallan circunscritas entre tanto á disponer de la mitad de los bienes en los términos que mas arriba habemos espuesto, debiendo intervenir en tal caso el síndico, como que cuando menos el sucesor es desconocido.

Para que dicho poseedor pueda disponer de la totalidad de los bienes es menester, segun la aclaracion de 15 de mayo que nos ocupa, que recaiga auto del juez que asi lo declare, en vista de la informacion de testigos sobre la falta absoluta de sucesor, y del resultado de los edictos llamando á los que se juzguen con derecho á suceder.

La mayor dificultad en este punto recae sobre dicha informacion, esto es, acerca del hecho que debe sujetarse á prueba y las circunstancias de las deposiciones de los testigos para que produzcan efecto.

Lo que debe probarse, segun la aclaracion, es, que *por muerte del poseedor quedarán reducidos sus bienes á la clase de mostrencos*. Esta cláusula tomada aisladamente y en su sentido literal se refiere á los bienes propios del poseedor; y de esta suerte entendida contiene un absurdo, ademas de carecer de objeto: el absurdo se concibe al considerar que para quedar en clase de mostrencos los bienes propios de una persona no basta que carezca de parientes dentro del grado al que se estiende la su-

cesion abintestato, sino que ademas es menester que falte toda disposicion testamentaria, lo que es imposible asegurarlo mientras dicha persona vive. Empero atendiendo á todo el contexto del decreto, fácilmente se restituye dicha cláusula á su verdadero significado: es obvio que ella se refiere á los bienes de la vinculacion, y lo que quiso decirse fue que en el supuesto de haber esta subsistido, hubiera faltado sucesor para la misma, y de consiguiente que no adjudicándose al poseedor actual la parte que se mandaba reservar para el inmediato, quedara dicha parte en semejante caso en la clase de los bienes mostrencos.

Ahora bien, para que un mayorazgo viniera á reducirse á mostrenco no bastaba que el último poseedor careciese de parientes dentro del cuarto grado que prefija la instruccion de 1786, ó del décimo, segun la ley de 1835; pues que esta limitacion de grados se refiere á la sucesion abintestato, mientras que en los mayorazgos y en demas vinculaciones la sucesion era *ex testamento* hasta el último de los llamamientos: era pues indispensable para el indicado efecto que se hubiesen estinguido todas las líneas llamadas; de consiguiente lo que en nuestro caso deberá probarse es que el poseedor actual es la última persona que resta de dichas líneas.

Los testigos que se ministren sobre un hecho de esta naturaleza pueden declarar de dos modos distintos: 1º diciendo que no conocen sugeto alguno que pudiera presentarse como sucesor inmediato: 2º en el supuesto de ser algo reciente el vínculo es posible que se encuentren testigos que declaren haber conocido todos los descendientes del fundador, y que de ellos no existe otro que el poseedor actual. En este último caso tendríamos la prueba positiva y directa, la mas cabal; pero considerando sin duda la ley que muy rara vez podria ministrarse, ha partido del supuesto que la prueba habria de ser indirecta y negativa, de consiguiente no podrán desecharse los testigos que depongan en los términos que quedan espresados en primer lugar, esto es que digan simplemente no conocer persona alguna que pueda reclamar en calidad de sucesor inmediato. Viene en confirmacion de esto, que las leyes sobre bienes mostrencos, á las que se refiere el decreto de Córtes, se limitan á ordenar la prueba puramente negativa de no conocerse sucesor para la persona de cuyos bienes se trate.

ARTÍCULO 6.°

CASOS EN QUE SE HALLA SUSPENDIDA LA FACULTAD DE DISPONER DE LOS BIENES QUE FUERON DE MAYORAZGO.

Lo dispuesto en los artículos 2.°, 3.°, 4.° y 5.° no se entiende con respecto á los bienes hasta ahora vinculados, acerca de los cuales penden en la actualidad juicios de incorporacion, ó reversion á la nacion, tenuta, administracion, posesion, propiedad, incompatibilidad, incapacidad de poseer, nulidad de la fundacion, ó cualquiera otro que ponga en duda el derecho de los poseedores actuales. Estos, en tales casos, ni los que les sucedan, no podrán disponer de los bienes hasta que en última instancia se determinen á su favor en propiedad los juicios pendientes, los cuales deben arreglarse á las leyes dadas hasta el dia, ó que se dieren en adelante. Pero se declara, para evitar dilaciones maliciosas, que si el que perdiese el pleyto de posesion ó tenuta no entablase el de propiedad dentro de cuatro meses precisos, contados desde el dia en que se le notificó la sentencia, no tendrá despues derecho para reclamar, y aquel en cuyo favor se hubiese declarado la tenuta ó posesion, será considerado como poseedor en propiedad, y podrá usar de las facultades concedidas por el art. 2.°; *art. 8. de la ley de* 11 *de octubre de* 1820.

El artículo transcrito es esplícito y preciso en lo que comprende; su inteligencia es sencilla, mayormente si se le junta con los artículos que cita al principio. Con efecto, en estos se establece que al poseedor actual le compete la facultad de disponer desde luego de la mitad por punto general, y del todo en algunos casos; y el artículo que nos ocupa contiene una escepcion de estas disposiciones, previniendo que si una demanda de reversion, tenuta, posesion etc., hubiese puesto en duda los derechos del poseedor actual, quede suspendida dicha facultad de disponer, hasta que el juicio pendiente se haya decidido en propiedad; á no ser que el que hubiese perdido en el juicio de posesion, no promoviere el de propiedad dentro cuatro meses. Las cuestiones nacen asi que de lo que la ley espresa quiere argüirse lo que ella calla, lo que tal vez no ocurrió á sus autores: la dificultad está verdaderamente en las consecuencias que de la misma quieren deducirse.

En nuestra opinion la única consecuencia indeclinable es que serán en todo tiempo irrevocables las enagenaciones hechas por el poseedor actual, á quien no se puso demanda que suscitara duda acerca de la legitimidad de sus títulos; es decir que carecerá de accion contra los terceros poseedores de los bienes enagenados, el que venga despues probando que al promulgarse la ley era poseedor de derecho del

vínculo, aun cuando á esta persona se le conceda algun recurso contra el poseedor de hecho, de lo que vamos á ocuparnos luego. Asi se infiere de la letra de la ley de 11 de octubre, la que sanciona en términos absolutos las enagenaciones que efectuare el poseedor de hecho, esceptuando el único caso de habérsele promovido litigio sobre la posesion ó propiedad; y asi se infiere tambien del espíritu de la misma ley y sus aclaratorias, pues que tienden visiblemente, y hasta con muestras de impaciencia, á descomponer los patrimonios que se desvinculaban, para lo cual era muy conveniente quitar el obstáculo de tener que examinar los títulos del poseedor actual, ya que no podia hacerse desaparecer otro mas grave, el temor de que las nuevas leyes cayeran bajo el peso de la reaccion que amenazaba.

Otra consecuencia se pretende deducir de la ley de 11 de octubre, á saber, que si al poseedor del vínculo no se le hubiese promovido litigio al tiempo de promulgarse la citada ley, quedará irrevocablemente dueño de la mitad, aunque no fuera mas que un poseedor de hecho, denegándose toda accion á aquel á quien de derecho correspondia el mayorazgo. Esta opinion es sostenida por escritores de no poca autoridad, al frente de los cuales se halla el Sr. Pacheco.

Veamos si puede fundarse en la letra de la ley, ó bien en su espíritu.

De la letra de la ley no se puede sacar otra consecuencia relativamente al caso que nos ocupa, fuera de la que acabamos de presentar como indudable, á saber, la validez é irrevocabilidad de las enagenaciones practicadas por el poseedor de hecho, al cual no se habia promovido litigio.

Empero la denominacion de *poseedor actual* con que se designa al que puede disponer de la mitad, ¿no importa la declaracion implícita del dominio de dicha parte á favor de semejante poseedor? ¿no indica que la ley tomó por base la posesion de hecho, salvo el caso de verter litigio sobre los derechos del poseedor? A este argumento, el mas fuerte sin disputa, opondrémos desde luego las palabras del S. Vadillo en la sesion del 16 de setiembre, el cual rectificando las palabras de un diputado que suponia que por medio de esta ley se daba la propiedad á los poseedores, que no tenian mas que el usufructo, dijo: «Por lo que respecta á que el poder legislativo ha dispuesto de estos bienes, confiriendo el dominio á los poseedores, es una equivocacion del señor preopinante: nosotros no hemos hecho otra cosa que quitar las trabas que tenian los vinculistas, y poner en ejecucion las leyes para que todo individuo use de su propiedad, como mejor le acomode.» Esto fue lo que en efecto se propuso la comision y pensaron las Córtes, y esto fué á no dudarlo, lo que creyeron que venia comprendido en el mero hecho de la supresion de las vinculaciones decretada en el artículo 1º

Ahora bien, si el poder legislativo no se permitió hacer adjudicacion alguna de dichos bienes, es evidente que el poseedor de hecho no pudo convertirse en dueño, sino que quedó poseedor de derecho el mismo que lo era á tenor de las cláusulas de fundacion y de la ley de Toro, resultando á favor del mismo quitadas las trabas, pues que sobre él recaian; salvo siempre el reconocer interinamente como legítimo al que poseyera sin contradiccion, por que asi lo exigen los principios del derecho comun, á los cuales no puede tocarse sin que la sociedad se conmueva.

Pasando á contestar directamente al argumento deducido de las palabras *poseedor actual*, veamos qué fuerza tienen, atendido el lugar donde se emplean, y si de ellas puede deducirse la consecuencia que á primera lectura parece indeclinable. Al discutirse la ley de 11 de octubre, dos ideas principalmente ocupaban á las Córtes: en primer lugar la desvinculacion; y en segundo la circulacion de los bienes que componian las vinculaciones, la descomposicion pronta, inmediata de los patrimonios amayorazgados, en lo que se llevaba un objeto á la vez económico y político.

Decretada la desvinculacion en el artículo 1º, en el 2º y siguientes hasta el 8º inclusive se trata principalmente de la enagenacion. Al ocuparse de esto la ley era preciso que hiciera referencia á la persona que podia enagenar: el caso mas comun era el del poseedor que no esperimentara contradiccion, y á él se refirieron, poniendo como escepcion el caso contrario, esto es prohibiendo enagenar al poseedor cuyos derechos fueran entonces disputados. Como la idea que aqui preocupaba á las Córtes era la de la enagenacion inmediata, segun llevamos indicado, y se desprende claramente asi de la lectura de la ley, como de la discusion; es posible y muy probable que en aquel momento no se les ofrecieron otros casos mas que los indicados, y que no pensaron entonces en el poseedor de hecho al cual mas tarde le aguardaba la contradicion de parte del poseedor de derecho.

Tenemos pues que es muy arriesgado argüir al caso en cuestion por medio de las palabras indicadas, ya por ser muy probable que semejante caso no les ocurrió á los autores de la ley, ya porque en el lugar donde aquellas se encuentran se trata mas bien de promover la enagenacion de los bienes, que de declarar quién sea el dueño de los mismos.

Hasta aqui la letra de ley. Ocupándonos de

aquella, nos ha sido preciso apelar á su espíritu; y por lo que llevamos dicho tocante al mismo ya se concibe, que no se opone á que el poseedor de derecho tenga accion contra el que se hallaba poseyendo pacíficamente de hecho al promulgarse la ley. En efecto, dos fueron los principales objetos que esta se propuso, y quedan indicados mas arriba; á saber, la desvinculacion, y la enagenacion de los bienes desvinculados. Para la desvinculacion poco importaba que fuese esta ú otra la persona que quedara dueña absoluta de la mitad; resulta tambien hecha sin demora, aunque se reconozca el derecho para reclamar esta mitad y el usufructo de la restante, al que debía poseer el mayorazgo en el momento anterior á la supresion. Tampoco se opone el reconocimiento de ese derecho, al objeto preferente de la enagenacion, quedando firmes, como deben quedar á nuestro juicio, las transmisiones de bienes practicadas por el que se hallaba pacíficamente en posesion.

Por el contrario, al espíritu de la ley que tuvo justos miramientos con la espectativa, con un derecho no purificado, con acciones que aun no habian nacido; al espíritu de esta ley, decimos, repugnara prescindir de un derecho ya existente, de una accion actual, que tal vez se estaba preparando cuando aquella se promulgó.

Pero ¿qué accion será la que competa á aquel á quien tocaba de derecho la posesion del vínculo? Antes de promulgarse la ley tenia la accion vincular, la que se instruia en diferentes juicios sucesivos, con sus correspondientes instancias. Promulgada la ley, desapareció el vínculo, y por consiguiente se modificó el derecho de aquel: antes era vinculista, ó lo que es igual, dueño con ciertos gravámenes y condiciones: la ley hizo desaparecer estos gravámenes y condiciones, y en consecuencia, quedó dueño absoluto de la mitad, y usufructuario de la otra, atendido que debió reservarla para el inmediato. Por lo que se ve que la accion vincular de naturaleza especial y privilegiada, se convirtió en las acciones comunes de dominio y de usufructo, acciones prescriptibles y de las que tan solo puede conocerse en juicio de posesion y de propiedad. Una transformacion análoga sufrieron los derechos del sucesor inmediato: á la accion vincular que le correspondia en su caso, ha sucedido la accion comun de dominio, para reclamar la mitad que se le reserva. No cabe duda en que la accion de dominio que instituya el poseedor de derecho estará fundada en las condiciones de la vinculacion, en la cláusula de fundacion; ó mejor dicho demostrará por medio de ellas su derecho; de la misma manera que la que mas tarde instituya el sucesor inmediato, quien, por esta circunstancia, no podrá decirse que instaure una accion vincular, sino que manifiesta ser la persona de que habla la ley.

Aqui se nos objetarán las palabras del Sr. Calatrava individuo de la comision, el cual en la sesion del 16 de setiembre dijo: «Es necesario tener presente que no se trata aqui de los pleitos que se pondrán de hoy en adelante, porque aprobado este decreto ya no se pondran mas, sino de los pleitos que hay pendientes en la actualidad.» Pero nosotros no podemos convenir en que semejantes palabras tengan el sentido absoluto que al parecer les atribuye el Sr. Pacheco; pues que contestando el Sr. Calatrava á las observaciones del Sr. Romero Alpuente, que versaban sobre la serie de juicios que tenian lugar en los pleytos de mayorazgos; es claro que se referia únicamente á esa serie de juicios con que se instruia una sola accion, la vincular; juicios que de nuevo no podian instaurarse, una vez aprobado el decreto que suprimia todos los vínculos. Lo que se lee en seguida en el discurso del mismo individuo de la comision, no deja duda acerca de que eran estos y no otros los pleitos á que se referia. Supóngase que los hubiese comprendido todos sin distincion, y entonces no habia motivo para dar cabida al que se suscitara por el que pretendiera ser sucesor inmediato, contra el que en calidad de tal se hubiese puesto en posesion de la mitad.

Antes de concluir nos harémos cargo de otro argumento del Sr. Pacheco, argumento que al parecer no es de los que menos influyeron en su opinion. «Parece imposible y aun absurdo, dice, que hubiese dejado la ley un término vago é indefinido para todas las disputas posibles, en tanto que las que aparecian fundadas, las que ya habian dado ocasion á un litigio, le recibian tan corto como el de cuatro meses.» Nosotros no alcanzamos hasta ver el absurdo: vemos sí una disposicion que si bien se separa del derecho comun, nada tiene de injusta. El que promovió y siguió el juicio de posesion necesariamente debia tener noticia de su derecho y de la accion que le competia, y debe suponerse que la tenia preparada: á este pues no se le hace injusticia, señalándole un plazo corto para entablar el juicio de propiedad, si perdiere el de posesion. Al contrario, al que ninguna accion ha instaurado, porque quizás ignora que le competa, la ley no le puede fijar un plazo corto, sin que cometa un despojo; es preciso que le dé un término, nó indefinido, pero sí bastante largo, para que pueda venir en conocimiento de su derecho y preparar la accion; tal es el término de la prescripcion ordinaria.

Otra cuestion se ofrece que guarda cierta analogía con la que acabamos de tratar, á saber, si el poseedor actual y en su caso el sucesor inmediato, tendrán accion para vindicar

los bienes que al promulgarse la ley de desvinculacion pertenecian al mayorazgo, y se hallaban poseidos por otros indebidamente, ya en calidad de libres, ya como formando parte de otro vínculo.

En nuestra opinion no hay razon alguna que impida semejantes reclamaciones. Mientras subsistió el mayorazgo, existia la accion privilegiada, imprescriptible, procedente del mismo, para reclamar los bienes que correspondian á él, y que se hallaran en poder de terceros poseedores, sobre cuyos bienes el poseedor actual tenia una especie de dominio limitado. La supresion del mayorazgo, hizo desaparecer los gravámenes; por consecuencia el dominio limitado del posedor actual, se convirtió en dominio absoluto respecto de la mitad y en usufructo de la restante que se le manda reservar para el inmediato; y las acciones vinculares quedaron por el mismo hecho transformadas en acciones comunes. Ahora bien, si antes de la ley de desvinculacion tenia el poseedor del mayorazgo la accion vincular para dirigirse contra los terceros poseedores de bienes pertenecientes al mismo mayorazgo; debe corresponderle despues de dicha ley una accion comun, la vindicativa, accion que será prescriptible, pero contra la cual no podrá alegarse el tiempo transcurrido mientras subsistieron los vínculos, porque entonces la prescripcion no pudo principiar respecto de los bienes que los componian.

Viene en apoyo de lo que llevamos dicho el haber admitido las Córtes en la misma sesion del 16 de setiembre, y mandado pasar á la comision, una adicion del Sr. Romero Alpuente dirigida á salvar espresamente en el artículo de la ley las reivindicaciones de que se trata. Admitida semejante adicion, es evidente que las Córtes pensaban que dichas reivindicaciones debian tener cabida; y que si la comision no la insertó en el cuerpo de la ley, fue porque creyó que tal como se presentaba esta definitivamente redactada, no podian jamas considerarse escluidas.

ARTICULO 7.°

DEMANDAS DE INCORPORACION Y REVERSION Á QUE QUEDAN SUJETOS LOS BIENES DE LOS SUPRIMIDOS VÍNCULOS.—ACCIONES REIVINDICATIVAS, INSTITUIDAS POR TERCERAS PERSONAS.

Tambien se declara que las disposiciones precedentes no perjudican á las demandas de incorporacion y reversion que en lo sucesivo deban instaurarse, aunque los bienes vinculados hasta ahora hayan pasado como libres á otros dueños; *art.* 9 *de la ley de* 11 *de octubre.*

Demandas de incorporacion ó reversion.

Las demandas para reincorporar á la corona lo que habia sido objeto de la munificencia real, las vemos por primera vez autorizadas bajo el reinado de D. Enrique IV; y no se estendieron entonces á otras donaciones, fuera de las otorgadas por el citado monarca. Pocos años despues los reyes católicos convirtieron en general la disposicion; sujetaron al juicio de reversion, todo cuanto á título de merced hubiesen enagenado los reyes; véase la adic. á la glos. 58. del tit. 4. Part. 5.

Tales demandas no podian entenderse escluidas por el mero hecho de suprimir los mayorazgos, á cuya clase pertenecian gran parte de los bienes de que habia hecho donacion la corona; pues que aquellas se apoyaban en motivos independientes de la existencia de estos. Empero podia suscitarse alguna duda, fundada principalmente en la tendencia de la ley de desvinculacion á dar la mayor seguridad posible á los que adquirieren de los poseedores actuales. A quitar esta duda, á prevenir ese argumento, se dirigió probablemente la ley al salvar en el artículo transcrito las demandas de que se trata.

Muy oportunamente suscita en este lugar el Sr. Pacheco una cuestion interesante, á saber, si las acciones de reversion, consideradas generalmente como imprescriptibles, habrán perdido ese carácter, por el mero hecho de haberse convertido en libres los bienes sobre que recaian; y el mismo Sr. Pacheco se decide por la afirmativa, aunque no sin vacilar; y apóyase principalmente en que quizás la razon capital porque los tribunales fallaban por la imprescriptibilidad, consistia, ya en la circunstancia de no atribuir nunca verdadera propiedad los mayorazgos, ya en el carácter de las acciones vinculares, las que no prescribian por ningun número de años.

A nosotros no nos es posible suscribir á esta opinion, por razones que nos parecen bastante poderosas.

En primer lugar, el fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones de reversion, no pudo consistir en la condicion de los bienes, en no tener la verdadera propiedad de ellos sus poseedores; ora porque la prescripcion no recae tan solo sobre el dominio pleno, sino que se estiende á toda suerte de derechos; ora porque al crearse aquellas acciones, quedaba sin amayorazgar la mayor parte quizás de lo que en tiempos muy anteriores habia enagenado la corona.

En segundo lugar, tampoco pudo influir en la misma imprescriptibilidad, el ser de esta condicion las acciones vinculares, pues que no se advierte correlacion alguna entre la accion del vinculista para reclamar el vínculo ó la finca que á él pertenecia, y la que se atribuye ó reserva el estado para recobrar, háyase ó no vin-

culado, lo que en otro tiempo fue enagenado por uno de los reyes, á título de merced.

El fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones de reversion é incorporacion, está á nuestro juicio en la ley misma que las creó; pues que ella se refiere á todas las donaciones reales sin distincion de tiempos: aun mas, en su espíritu y en su letra comprende las donaciones antiguas, respecto de las cuales el tiempo de la prescripcion habia transcurrido, l. 10. tit. 5. lib. 3. Nov. Rec. Y con esto los reyes católicos no hicieron mas que reproducir nuestras leyes antiguas, las que declaraban inenagenables los bienes de la corona, considerándolos como vinculados en la misma.

Si esta es, como creemos, la verdadera causa de la imprescriptibilidad de las acciones de reversion, es evidente que ella queda subsistente, á pesar de las leyes relativas á la supresion de los vínculos.

Acciones reivindicativas instituidas por terceras personas.

El dueño de una finca poseida por otro como parte de un mayorazgo de que estaba disfrutando, tenia contra este la accion de dominio, de la misma suerte que si dicha finca la hubiese poseido un tercero como libre; porque tal es la naturaleza de la accion vindicativa, que se dirige siempre contra el poseedor y le vence, sean cuales fueren los títulos ó las apariencias con que este encubre la falta de la propiedad. Si al suprimirse los vínculos, se hubiese considerado á los poseedores y sucesores inmediatos como dueños de cuanto era poseido por los primeros en calidad de vinculado, librando á unos y á otros de toda accion vindicativa de parte de terceras personas, se hubiera cometido la mayor de las injusticias, y lo que es mas, sin causa ni objeto.

Empero, la ley de 11 de octubre no incurrió en semejante absurdo. Ella no se opone á que una ó mas fincas se vindiquen del poseedor actual, pues que no le declara dueño absoluto de la mitad de cuanto posea á título de vinculado; sino que le dice que podrá disponer libremente de la mitad de los bienes en que consistió la vinculacion, con cuyas palabras no se le declara ningun derecho sobre aquellos en que la vinculacion no consistió y que por esto se vindican. Tampoco se opone la misma ley á que se demande á un tercero la finca que le hubiese transmitido el poseedor actual en uso del derecho de enagenar la mitad: en efecto, si bien con el objeto de promover la inmediata circulacion de los bienes desvinculados se propuso la ley dar seguridades á los compradores, estas seguridades se reducen visiblemente á librarles de las cuestiones que podian originarse de las circunstancias especialísimas de las personas que verificaran las enagenaciones, ó consintieran ó intervinieran en ellas; se limitan, decimos, á reconocer como autorizado para la enagenacion al poseedor pacífico del vínculo, aunque otro fuese el poseedor de derecho; y á poner á cubierto al mismo adquirente, de toda reclamacion que intentare el que en definitiva venga á ser el sucesor inmediato, con tal que interviniera en la division ó enagenacion el que lo era entonces, ó alguna de las otras personas que para su caso se designan.

Jamas pudo pensar la ley en dar al que adquiriese de un poseedor de bienes antes vinculados, mayores seguridades que las que tiene el que adquiere de otra persona cualquiera, el cual corre siempre mas ó menos el riesgo de que un tercero le demande la cosa, en cuyo caso, saliendo vencido, no le quedará mas recurso que la accion para el saneamiento.

ARTICULO 8.°

PENSIONES ALIMENTICIAS, VIUDEDADES Y OTROS DERECHOS QUE LA LEY RESERVA.

Entiéndase del mismo modo, que lo que queda dispuesto es sin perjuicio de los alimentos ó pensiones que los poseedores actuales deban pagar á sus madres viudas, hermanos, sucesor inmediato ú otras personas, con arreglo á las fundaciones, ó á convenios particulares, ó á determinaciones en justicia. Los bienes hasta ahora vinculados, aunque pasen como libres á otros dueños, quedan sujetos al pago de estos alimentos y pensiones, mientras vivan los que en el dia los perciben, ó mientras conserven el derecho de percibirlos, escepto si los alimentistas son sucesores inmediatos, en cuyo caso dejarán de disfrutarlos luego que mueran los poseedores actuales. Despues cesarán las obligaciones que existan ahora de pagar tales pensiones y alimentos, pero se declara que si los poseedores actuales no invierten en los espresados alimentos y pensiones la sexta parte líquida de las rentas del mayorazgo, estan obligados á contribuir con lo que quepa en ella para dotar á sus hermanas y ausiliar á sus hermanos, con proporcion á su número y necesidades, é igual obligacion tendrán los sucesores inmediatos por lo respectivo á la mitad de bienes que se les reservan; *art.* 10 *de la ley de* 11 *de octubre.*

La parte de renta de las vinculaciones que los poseedores actuales tengan consignada legítimamente á sus mugeres para cuando queden viudas, se pagará á estas mientras deban percibirla, segun la estipulacion, satisfaciéndose la mitad á costa de los bienes libres que deje su marido, y la otra mitad por la que se reserva al sucesor inmediato; *art.* 11 *de la cit. ley.*

Tambien se debe entender que las disposiciones precedentes no obstan para que en las provincias ó pueblos en que por fuero particular se suceden los cónyuges uno á otro en el usufruto de las vinculaciones por via de viudedad, lo ejecuten asi los que en el dia se hallan casados, por lo respectivo á los bienes de la vinculacion que no hayan sido enagenados cuando muera el cónyuge poseedor; pasando despues al sucesor inmediato la mitad íntegra que le corresponda, segun queda prevenido; *art.* 12 *de la cit. ley.*

Son cuatro las especies de derechos que la ley salva ó reserva. 1º: Las pensiones ó alimentos debidos ya, en fuerza de la escritura de fundacion, ó de un fallo, ó en virtud de convenios particulares.— 2º: El derecho de las hermanas á ser dotadas y el de los hermanos á ser ausiliados segun sus necesidades. — 3º: El de la muger del poseedor actual, á la renta que tuviere legítimamente consignada para el caso de viudez. — 4º y último: El usufructo en el mismo caso de viudez, á favor del cónyuge del poseedor actual, allí donde por fuero particular se halle establecido semejante usufructo. Examinemos con separacion cada uno de estos derechos.

Pensiones ó alimentos debidos al promulgarse la ley.

Lo primero que en este punto importa fijar es cuáles sean las pensiones ó alimentos que se salvan ó reservan. La ley no distingue en cuanto á las personas: ya se deba la pension á una madre viuda, ya al sucesor inmediato, bien sea á hermanos ú otras personas, poco importa. A lo que atiende es, al título en que la pension estriba, fijando tres, que son, la escritura de fundacion, los convenios particulares y las decisiones judiciales.

Respecto de los que estaban recibiendo alimentos ó cobrando pension en virtud de alguno de los citados títulos, no puede caber la menor dificultad. Pero fuera de este caso, pueden suscitarse algunas cuestiones que vamos á indicar.

1ª: En fuerza de lo dispuesto en la escritura de fundacion, un hermano ú otra persona tenia derecho á reclamar alimentos; pero al promulgarse la ley de desvinculacion no se habia fijado la cantidad de tales alimentos, y ni aun se habian reclamado. ¿En este caso será respetado el derecho del alimentista? En nuestra opinion la ley le comprende, atendido que aun antes de fijarse la cuota de los alimentos, le son debidos, los acredita en virtud de la escritura de fundacion, y en la cantidad que es presumible quiso el fundador del vínculo: el fallo que recaiga sobre la misma, no será el orígen de su derecho, y sí solo la determinacion de la voluntad del mismo vinculador.

2ª: Al sucesor inmediato, la jurisprudencia le habia atribuido el derecho de reclamar alimentos del poseedor actual del vínculo. Supóngase ahora que al aparecer la ley de desvinculacion no los hubiese pedido aun, ó que teniéndolos demandados no se le hubiesen decretado ¿tendrá derecho, atendido el art. 10., á que se le designen y paguen? El que aun no habia introducido la demanda, no podrá ser oido, porque á mas de no concurrir en él ninguno de los títulos de que habla la ley, carece absolutamente de accion para pedir que los alimentos se determinen; dado que la accion que le correspondia, como fundada en la existencia del vínculo, ha desaparecido con él. Al que tenia ya su accion instituida, le obsta tambien la falta de título en el momento de promulgarse la ley, pues que aun no habia recaido entonces la determinacion judicial; empero, asi que esta recaiga podrá alegarse á favor del mismo, que toda sentencia se retrotrae á la demanda, esto es, que por la ficcion del derecho resulta haberse hallado con uno de los títulos que la ley designa, antes que ella fuese promulgada. Pero ¿pudo continuar el juicio, una vez abolido el vínculo en el cual estribaba la accion? Nos inclinamos á la afirmativa, movidos por el respeto con que mira la misma ley las acciones instituidas, permitiendo que las que se dirigian á demandar el vínculo, sigan cual si el vínculo subsistiera.

3ª Supóngase que el poseedor actual tuviere hermanos en estado de pobreza, quienes gozaban, segun la jurisprudencia vincular, del derecho de ser alimentados habida consideracion á las rentas del vínculo; añádase que no hubiesen demandado que se les señalara alimentos, ó que estuviera pendiente el juicio cuando sobrevino la ley de desvinculacion, y tendrémos un caso parecido al que precede. En el supuesto que los hermanos no hubieran deducido la accion, les obstarán, cuando trataren de hacerlo, las mismas razones que hemos indicado respecto del sucesor inmediato: ademas les obstará la disposicion literal del mismo art. 10; con efecto, disponiendo que los hermanos reciban alimentos cuando el poseedor no invierta la sexta parte líquida de las rentas del mayorazgo en las pensiones debidas ya, es evidente que fuera de este caso les niega el derecho de reclamar, es indudable que les priva de toda accion. Ahora, si la tenian deducida en juicio cuando se efectuó la desvinculacion, nos inclinamos á que debe proseguir el litigio, retrotrayéndose el fallo á la época de la demanda; en una palabra, que siéndoles este favorable, vendrán comprendidos en la dispo-

sicion primera del citado art. 10, al igual del sucesor inmediato.

Visto cuáles son los alimentos ó pensiones que la ley reserva ó salva, importa examinar de qué clase es la accion que compete á los preceptores, y cuales y de qué género son las garantías de que se halla revestida.

En primer lugar es indudable que á tales perceptores les competerá una accion personal, pues que la ley habla de deuda, ó lo que es lo mismo, de obligacion de los poseedores actuales, y de igual obligacion de parte de los inmediatos, respecto de la mitad que se les reserva. Esta accion se dirigirá por el todo contra el poseedor actual, mientras viva; y despues de su muerte, contra sus herederos por la mitad, y en cuanto á la mitad restante, contra el inmediato.

Al cumplimiento de esta obligacion se hallan afectos todos los bienes que componian la vinculacion. Pero este gravámen que pesa sobre dichos bienes, no puede tener otro carácter que el de hipoteca legal, pues que el objeto es asegurar el pago de una deuda. Esta hipoteca, atendido que la ley no le da un carácter especial, será indivisible, es decir que la accion podrá dirigirse solidariamente contra cualquier poseedor de una de las cosas afectas al pago de los alimentos ó pension; y por igual razon este tendrá la escepcion de escusion, que por punto general se concede á todo poseedor de una cosa hipotecada.

Derecho de las hermanas á ser dotadas, y de los hermanos á ser ausiliados.

Por la jurisprudencia vincular, el poseedor de un mayorazgo estaba obligado á dotar con las rentas del mismo á sus hermanas que lo necesitaran, y á ausiliar á sus hermanos pobres. Esta jurisprudencia decidió con lo primero, en contra de los poseedores de mayorazgos, un punto que en el derecho comun es harto cuestionable; y con lo segundo no hizo mas que aplicar sencillamente el mismo derecho.

Esta obligacion de los poseedores quiso mantenerla la ley de desvinculacion, pero concretándola al caso que las pensiones de que acabamos de hablar, las que se debian ya en virtud de uno de los tres títulos indicados, no absorvieran la sexta parte líquida de las rentas del mayorazgo; y aun entonces la obligacion se limita á la diferencia que va de la suma de semejantes pensiones ó alimentos, al importe de dicha parte.

La ley añade, que igual obligacion tendrán los sucesores inmediatos por lo respectivo á la mitad de los bienes que se les reservan. El sentido natural de estas palabras es á nuestro juicio, que la obligacion de distribuir la sexta parte, ó lo que de ella reste, á favor de las personas y en los objetos antes indicados, pesa tambien sobre la mitad que se reserva al inmediato, cuando sucediere á ella; ó lo que es igual, que muerto el poseedor actual, el inmediato deberá destinar para dotes y alimentos de las hermanas y hermanos de aquel, lo que sobre de la sexta parte de los frutos de la mitad del antiguo vínculo, despues de cubiertas por su parte las pensiones de que se habla al principio del artículo; así como semejantes pensiones siguen pesando sobre la misma mitad que ha pasado al inmediato.

Sin embargo, la generalidad de las citadas palabras que se hallan al final del art. 10, ha dado lugar á que mas de una vez los hermanos y hermanas del sucesor inmediato pretendieran tener derecho, aquellos á los alimentos, y estas á que se las dotara con la sexta parte de las rentas de la mitad. Para nosotros es muy dudoso que estas acciones procedan. En primer lugar, porque tratándose de una cláusula mas ó menos vaga, las reglas de buena interpretacion exigen que se tome en el sentido mas natural, en el que esté mas de acuerdo con lo restante de la ley; y en nuestro caso la inteligencia que está mas de acuerdo con lo que precede en el mismo artículo, es sin duda la que hemos dado antes á la cláusula en cuestion. Hállase tambien muy conforme con la totalidad de la ley, pues que si ella hubiese pensado en atribuir derechos á los hermanos del sucesor inmediato, con mayoría de razon los hubiera otorgado al que subsistiendo la vinculacion fuera sucesor de este. Ademas, nada se encuentra en el curso de la discusion que revele la intencion, y ni siquiera la idea de atribuir derecho alguno á los hermanos del inmediato: la cuestion versó únicamente sobre los bienes que debian quedar afectos á las pensiones ó alimentos que desde luego venian á cargo del poseedor actual.

Renta consignada legítimamente para el caso de viudez á la muger del poseedor actual.

Los alimentos ó pensiones de que nos hemos ocupado, y que forman el objeto del art. 10 de la ley de 11 de octubre, son alimentos actuales, debidos ya, ó que podian desde luego reclamarse atendida la jurisprudencia vincular. La renta de que tratamos ahora con referencia al art. 11. es una pension alimenticia que al promulgarse la ley no pasaba de ser una esperanzá ó un derecho condicional á favor de la muger del poseedor. Sin embargo, esa pension, aunque condicional se ha respetado, si estuviese ya consignada y legítimamente, esto es de conformidad con las bases que la jurisprudencia vincular habia establecido. Sobre este punto se ha hecho una aclaracion en los arts. 16 y 18 de la ley de 19 de agosto de 1841; véase la seccion 2ª

Hay empero una diferencia muy notable en cuanto á la garantía, entre la renta de que se trata, y las pensiones de que habla el artículo 10. Al pago de estas pensiones se hallan hipotecados todos los bienes que componian la vinculacion, aun cuando pasaren á terceros poseedores; y esta hipoteca, segun llevamos dicho, es indivisible y por consiguiente solidaria: mientras que la renta de la viuda del poseedor actual sufre division en cuanto á la garantía, pues que afecta por la mitad, á los bienes que han tocado al sucesor inmediato; y en cuanto á la otra mitad, á los que ha dejado libres su difunto marido; de lo que resulta otra desventaja, independiente de la division dicha. El fundamento de esta diferencia es visible: está en la mayor consideracion que merece un derecho actual, respecto del que no pasa de una mera esperanza.

Usufructo á título de viudedad.

Este es otro derecho de la misma naturaleza que el anterior, es decir eventual ó en esperanza. La ley lo respeta tambien en las provincias ó pueblos en que se hallare establecido, allí donde los cónyuges se sucedian el uno al otro en el usufructo de las vinculaciones. Habia una razon muy poderosa para salvar ese derecho, allí donde el fuero lo establecia: y es que habria entrado en cuenta en la mayor parte de matrimonios entre vinculistas: sin él, no pocos mayorazgos se hubieran visto en la imposibilidad de contraer un ventajoso enlace, tanto por lo que mira á los intereses, como por lo que toca á la posicion social.

ARTÍCULO 9.°

PROHIBICION DE VINCULAR Ó AMORTIZAR.

Nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por via de mejora, ni por otro título ni pretesto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pia, ni vinculacion alguna sobre ninguna clase de bienes ó derechos, ni prohibir directa ó indirectamente su enagenacion. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre bancos ú otros fondos estrangeros; *art. 14 de la ley de 11 de octubre.*

Las iglesias, monasterios, conventos y cualesquiera comunidades eclesiásticas, así seculares como regulares, los hospitales, hospicios, casas de misericordia y de enseñanza, las cofradías, hermandades, encomiendas y cualesquiera otros establecimientos permanentes, sean eclesiásticos ó laicales, conocidos con el nombre de manos muertas, no pueden desde ahora en adelante adquirir bienes algunos raices ó inmuebles en provincia alguna de la monarquía, ni por testamento, ni por donacion, compra, permuta, decomiso en los censos enfitéuticos, adjudicacion en prenda pretoria ó en pago de réditos vencidos, ni por otro título alguno, sea lucrativo ú oneroso; *art. 15 de la cit. ley.*

Tampoco pueden en adelante las manos muertas imponer ni adquirir por título alguno capitales de censo de cualquiera clase impuestos sobre bienes raices, ni impongan ni adquieran tributos ni otra especie de gravámen sobre los mismos bienes, ya consista en la prestacion de alguna cantidad de dinero ó de cierta clase de frutos, ó de algun servicio á favor de la mano muerta, y ya en otras responsiones anuales; *art. últ. de la cit. ley.*

Al decretar la ley en el art. 1º la supresion de las vinculaciones, se limitó á las civiles, respetando por el momento las que tuvieran el carácter de eclesiásticas. Empero, al disponer para lo futuro en los artículos transcritos, las prohibe todas; y para dar mas fuerza á la disposicion y con el fin de evitar se eludiese por medio de alguna cautela, se añade que nadie pueda prohibir directa ni indirectamente la enagenacion de sus bienes, y que tampoco será lícito vincular acciones sobre bancos ú otros fondos estrangeros.

Ademas, aunque la adquisicion de bienes por parte de las manos muertas no sea en realidad vinculacion, sin embargo la ley las declara incapaces para adquirir bienes raices, porque el dominio de ellos en las manos muertas, produce un efecto parecido al que se trataba de evitar.

Sobre la prohibicion de vincular, una sola cuestion puede presentarse, y es relativa á las sustituciones fideicomisarias que deberán entenderse prohibidas: pero esta cuestion la hemos tratado ya en el art. 1º de este apéndice.

Habrá tal vez quien suscite duda acerca del sentido de las palabras con que se dispone que nadie pueda prohibir directa ni indirectamente la enagenacion de los bienes. Para nosotros no tienen mas objeto, como llevamos indicado, que dar mayor fuerza á la disposicion que precede, repitiéndola en términos generales, y advertir al mismo tiempo que bajo ninguna forma podrá en lo sucesivo sostenerse una vinculacion, aunque se presentare con el carácter de mera prohibicion de enagenar. Si se da á dichas palabras otro valor, si considerándolas aisladamente del resto del artículo, se las tomara en su sentido literal, tendríamos que serian prohibidas todas las sustituciones fideicomisarias, hasta las de un solo grado, lo que no puede sostenerse, segun lo espuesto en el art. 1º de este apéndice.

Parecido es el objeto de la cláusula sobre las acciones de banco: en efecto, ya que estas acciones son reputadas como cosas muebles, debia atenderse en cuanto á la sucesion á semejantes acciones, á las leyes de España, siendo un español el que testara; de consiguiente venian ya comprendidas en la prohibicion general de vincular escrita en la primera parte del artículo: quisieron pues las Córtes apartar toda duda que pudiese suscitarse en este punto. Pero de otra parte es preciso reconocer que la aclaracion no podia surtir el efecto que se propusieron los autores de la ley; porque caso de promoverse la duda ante un tribunal estrangero, sobre el carácter que debia atribuirse á semejantes acciones, al efecto de considerarlas ó nó sujetas á las leyes españolas que disponen sobre la transmision de los bienes; lo decretado por nuestras Córtes no bastaba para dirimirla.

Tocante á la prohibicion de amortizar, el contesto del art. 15. da lugar á dos cuestiones con las cuales se tropezará en muchos casos, y con una de ellas, en todos los que se presenten.

Es la primera, si todas las corporaciones permanentes sin distincion deberán ser consideradas como *manos muertas*, y como tales, les será á todas prohibido adquirir bienes raices. La duda aparece y la cuestion nace al considerar que existe mucha diferencia entre corporaciones y corporaciones relativamente á la propiedad de que son capaces. Consideradas bajo de este aspecto pueden distribuirse en tres clases. A la primera referimos aquellas que tienen por principio como si dijéramos fundamental, la no enagenacion; tales eran las comunidades eclesiásticas, y la mayor parte de hospitales, y en general las casas de beneficencia. En la segunda colocamos las corporaciones que sin tener por base aquel principio, sin embargo la enagenacion en ellas depende de la autorizacion superior, para la cual basta la informacion de utilidad; tales son las corporaciones municipales. La tercera clase la forman aquellas corporaciones y los establecimientos que aun cuando sean permanentes, pueden libremente enagenar, como las asociaciones denominadas de socorros mutuos, y gran parte de las antiguas cofradías y hermandades.

Las corporaciones de la primera clase, las que reconocen por base el citado principio, indudablemente vienen comprendidas bajo la denominacion de *manos muertas*, pues que en ellas el dominio se perpetúa; de consiguiente á todas ellas alcanza la prohibicion de adquirir bienes raices. Empero conviene advertir que despues de la ley de 26 de febrero de 1822 restablecida en 1836, los bienes de las casas de beneficencia parece que deberán colocarse en la línea de los bienes comunales ó provinciales; véanse los arts. 25. y sigs. de dicha ley.

En cuanto á las corporaciones y establecimientos que hemos referido á la segunda clase, hay motivo de dudar si deben ó no considerarse *manos muertas*, y de consiguiente si les comprende ó no la prohibicion de que se trata. Durante el antiguo régimen se aplicaba cuasi esclusivamente esta denominacion á los establecimientos y cuerpos libres de la jurisdiccion real y exentos de las cargas públicas, y á ellos se dirigian únicamente las disposiciones soberanas dictadas de tiempo en tiempo para impedir la amortizacion ó aminorarla: en este sentido ni las corporaciones municipales, ni las casas de beneficencia, despues de la citada ley de febrero de 1822, podian decirse *manos muertas*. Empero en la ley de 11 de octubre estas palabras tienen una significacion mas lata, como que la idea que allí predomina, es impedir que la propiedad se estanque y promover su circulacion y division; de consiguiente la cuestion viene á reducirse á si, atendidos los términos y el objeto de la misma ley, deberá decirse que la propiedad se amortiza, que el dominio se perpetúa, cayendo en manos de poseedores que no reconocen por principio la no enagenacion, sino que necesitan de ciertos requisitos para verificarla. Nosotros propendemos á la negativa, y nos mueve principalmente el que depende del gobierno el llenar semejantes requisitos, y lo que es mas, está en su mano promover la enagenacion cuando quiera. En la duda preferimos esta interpretacion que nos evita el absurdo, porque absurdo seria que una municipalidad careciese de capacidad hasta para adquirir un edificio con objeto de establecer una casa de beneficencia ó una escuela.

Por último, á las corporaciones y asociaciones que hemos colocado en tercer lugar, no las comprende la ley, en nuestra opinion, aun cuando hayan tomado el nombre de cofradía ó hermandad, pues que bajo ningun sentido pueden ser calificadas de *manos muertas*: á mas de que es muy dudoso si la mayor parte de ellas pueden llamarse cuerpos permanentes, circunstancia que, segun la ley, es esencial para que la prohibicion sea aplicable.

La otra cuestion es si en el supuesto de haberse hecho donacion ó manda de cosa raiz á uno de los establecimientos ó corporaciones á que la ley se refiere, tendrá derecho para demandar la estimacion, no obstante la incapacidad para adquirir la cosa misma. El contesto de la ley no se lo impide: tampoco le obsta el espíritu de la misma, toda vez que no cabe suponer que su objeto fuera disminuir el número de las donaciones ó mandas piadosas, aun cuando no

resultase la adquisicion de bienes raices por parte de las *manos muertas*.

Se nos dirá tal vez, que si no se opone directamente la ley que nos ocupa, los principios del derecho comun lo resisten, pues que ellos escluyen la demanda de estimacion por considerar de todo punto nula la manda, cuando la cosa legada estuviere fuera del comercio del legatario. Empero este principio no es tan absoluto que no admita restricciones: ya en el derecho romano, segun la opinion de varios intérpretes, dejaba de tener aplicacion en todas las disposiciones hechas en forma de fideicomiso; y era porque allí se prescindia de la sutileza, atendiéndose únicamente á la voluntad del testador; véase Vinnio en sus coment. al §. 4. istit. *de legat*. Ahora bien, lejos de ser contrario á la tendencia de nuestras leyes civiles, creemos que será conforme con su espíritu, el llenar los vacíos que ellas dejan en la materia de las mandas, por medio de las disposiciones de las romanas sobre fideicomisos singulares.

SECCION II.

Restauracion de las vinculaciones en 1823.—reconocimiento que en 1835 obtuvieren parte de los derechos adquiridos por las leyes de desvinculacion—restablecimiento posterior de las mismas, haciendo revivir la generalidad de los derechos que ellas crearon.

ARTICULO I.

RESTAURACION DE LAS VINCULACIONES EN 1823.

Cédula de 11 *de marzo de* 1824. — *Art.* 1.° A consecuencia de las declaraciones de nulidad de todos los actos del gobierno llamado constitucional, se reponen los mayorazgos y demás vinculaciones al ser y estado que tenian en 7 de marzo de 1820; y los bienes que se les desmembraron en virtud de las órdenes y decretos de aquel gobierno, se restituyan inmediatamente al poseedor actual de dichos mayorazgos ó vinculaciones.

Art. 2.° La restitucion se hará sin incluir los frutos percibidos hasta el dia en que se publique esta real Cédula; pero comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios causados en los bienes por culpa de los tenedores.

Art. 3.° Los que lo son por compra ó cualquiera otro título oneroso, serán reintegrados del precio á costa del poseedor del vínculo que enagenó los bienes, y en defecto á la del inmediato sucesor, si intervino en la enagenacion, ó prestó su consentimiento para que aquel enagenase los equivalentes á la mitad ó menos de los vinculados, sin previa tasacion de todos.

Art. 4.° Si el poseedor del vínculo que enagenó, ó el inmediato sucesor que intervino en la enagenacion, ó la consintió por escusar el justiprecio, no pudiesen hacer el reintegro, durante la vida de estos retendrá los bienes el tenedor, para reintegrarse por los frutos ó rentas que produzcan.

Art. 5.° No estará sujeto á esta responsabilidad el inmediato sucesor que solo concurrió á la tasacion y division de todos los bienes.

Art. 6.° En los separados del vínculo por herencia testamentaria ó intestada, ó por cualquiera otra causa meramente lucrativa, el tenedor solo podrá reclamar las mejoras necesarias que haya hecho, tomando en cuenta lo que por razon de ellas hubiese percibido; y si no se le abonan, retendrá la finca hasta cubrirse ó reintegrarse por sus frutos, cualquiera que sea el poseedor de la vinculacion.

Art. 7.° El reintegro de las mejoras necesarias se hará del mismo modo, y con igual retencion de la finca, al tenedor por título oneroso. En cuanto á las mejoras útiles y voluntarias que hubiese hecho el tenedor por título oneroso y lucrativo, se estará á las leyes comunes.

Art. 8.° Las transacciones que se hayan celebrado entre el poseedor de la vinculacion y el tenedor de sus bienes sobre el reintegro del precio ó sobre los frutos percibidos, tendrán valor y efecto, como no sean en perjuicio de la restitucion de dichos bienes.

Art. 9.° Quedan subsistentes las enagenaciones hechas durante el gobierno llamado constitucional, en virtud de cédulas ó reales facultades anteriores, á consulta de la Cámara, con tal que se hayan realizado conforme á su tenor.

Art. 10. Las que se hubiesen hecho con autorizacion de dicho gobierno, anteriores á los decretos y órdenes de 27 de setiembre de 1820, de 15 y 19 de mayo y de 16 de junio de 1821, aunque hubiesen precedido las

formalidades y precauciones que tiene adoptadas la Cámara, se someterán á su censura y aprobacion.

El real decreto de 1º de octubre de 1823 habia declarado nulos todos los actos del gobierno constitucional, entre los cuales estaban comprendidas las leyes de desvinculacion. Pero estas leyes habian dado lugar á transmisiones, ya á título lucrativo, ya por causa onerosa; existian hechos consumados, como entregas de cosa y de precio, percepciones de frutos, impensas, mejoras etc.; hechos que, atendida la generalidad del decreto, debian deshacerse. Necesitábase pues de otra resolucion especial que fijara los términos en que la anulacion debia llevarse á cabo, y esta fué la obra de la real cédula de 11 de marzo de 1824.

Si la hemos transcrito, no ha sido para discurrir acerca de su injusticia, ni con el objeto de tratar las diversas cuestiones que ha debido presentar en su aplicacion, ya por estar concebida en términos demasiado generales, ya por haberse usado en ella con impropiedad algunas palabras jurídicas. Nuestro propósito, al copiar la cédula, ha sido únicamente establecer el hecho de la restauracion de los mayorazgos, verificada en 1823 y esplicada en 1824; esto es, la restauracion en sí misma, y el modo como se deshizo lo que en fuerza de la desvinculacion acababa de practicarse; esto era indispensable como relato, para comprender la ley de 1835 que derogó en parte dicha cédula, y las disposiciones posteriores que han restablecido las leyes de desvinculacion.

ARTÍCULO II.

RECONOCIMIENTO QUE EN 1835 OBTUVIERON PARTE DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS POR LAS LEYES DE DESVINCULACION.

Ley de 9 de junio de 1835. *Art.º* 1.º Los compradores de bienes vinculados que se enagenaron en virtud del decreto de las Córtes de 27 de setiembre de 1820 (*ley de* 11 *de octubre*), si no hubiesen sido ya reintegrados, lo serán en el modo que espresan los artículos siguientes.

Art. 2.º Los compradores de bienes vinculados que no han llegado á desprenderse de ellos, quedan asegurados en su pleno dominio.

Art. 3.º Los compradores de dichos bienes que los hubiesen devuelto á virtud de la real cédula de 11 de marzo de 1824, tienen derecho á percibir íntegro el precio por el que los habian adquirido, con el rédito de un 3 por 100 á contar del dia de la devolucion.

Art. 4.º Estan en el caso de los artículos anteriores los compradores de bienes que habiendo pertenecido á vinculaciones, pasaron por testamento ú otro título lucrativo á manos de los vendedores.

Art. 5.º El poseedor actual del vínculo, al que fueron devueltos los bienes, puede conservarlos entregando al comprador el precio de la venta y los réditos que le correspondan dentro el término de un año, á contar desde la promulgacion de la presente ley, agregando los intereses del período que transcurra hasta que la entrega sea efectiva. Pero dentro de sesenta dias de como sea requerido el poseedor por el comprador ó sus herederos á que elija entre quedarse con la finca ó reintegrar su importe, deberá hacer esta eleccion; y no haciéndola en dicho tiempo, podrán ejercer aquellos los derechos que les concede el artículo 3.º Si el poseedor de la finca eligiese entregarla, pasará desde luego á manos del comprador para que la disfrute como dueño, abonando empero los adelantos que aquel hubiese hecho por razon del cultivo.

Art. 6.º Los réditos de que hablan los artículos anteriores se reclamarán del poseedor actual de la finca por el tiempo que la hubiere disfrutado, quedando á salvo el derecho del comprador para repetir el completo de aquellos contra los que la hubiesen poseido ó sus herederos.

Art. 7.º El poseedor actual, ya sea el vendedor ó el inmediato sucesor, ya sea un tercero, que en uso del artículo 5.º reintegrase al comprador con fondos propios el precio de los bienes, como igualmente aquel que no siendo vendedor ni sucesor inmediato que intervino en la venta lo hubiese ya verificado, quedan autorizados para considerar como libres dichos bienes.

Art. 8.º No entregando dentro de un año el poseedor del vínculo las cantidades que corresponden al comprador, se transmite á este el pleno dominio de los bienes, y ademas podrá entablar contra las personas que espresa el artículo 6.º las reclamaciones relativas á réditos hasta el percibo de los que le correspondan.

Art. 9.º En las permutas de bienes vinculados en que hubo sobreprecio de parte de aquellos que lo recibieron, tendrán los contratantes los mismos derechos que se conceden por esta ley á los compradores.

Art. 10. Las mejoras y deterioros deben abonarse recíprocamente por compradores y vendedores con arreglo á derecho.

Art. 11. Si el comprador de los bienes hubiese celebrado alguna avenencia con el vendedor, ó con el sucesor inmediato que intervino en la venta, sobre el reintegro del capital, no tendrá mas derecho que el de exigir su cumplimiento, á no ser que justifique haber intervenido lesion en mas de la mitad; lo cual podrá reclamar, como tambien los réditos que le hayan correspondido, y de que no estuviese reintegrado al tiempo de tener cumplido efecto la avenencia.

Art. 12. Para el cobro de los intereses de que habla el artículo anterior, servirá siempre de base la cantidad en que consistió el precio de la venta.

Art. 13. Quedan en su fuerza y vigor las ejecutorias sobre abono de mejoras y deterioros.

Art. 14. Quedan asimismo vigentes las sentencias ó fallos judiciales en que se haya declarado que el comprador recobró su capital por medio de la retencion.

Art. 15. Sin embargo tendrá derecho el dicho comprador á reclamar de los respectivos poseedores de los bienes, los intereses devengados hasta el dia de la devolucion, rebatiendo el importe de los prorateos de cada año.

Art. 16. El comprador que hubiese devuelto los bienes en concepto de haberse reintegrado ya del precio de la venta, por medio de la retencion de ellos, y aprovechamiento de sus productos, tiene derecho á reclamar los intereses de su capital por los años transcurridos para su total realizacion, hecha en cada uno la deduccion correspondiente por la parte del capital ya percibida. Son responsables á este abono el poseedor ó poseedores que han disfrutado los bienes despues de la devolucion, y tambien sus herederos.

Art. 17. Si los bienes hubiesen pasado á terceros poseedores en concepto de libres, con la competente real facultad, la reclamacion del comprador se dirigirá contra la finca ó bienes subrogados, si los hubiese, ó contra los del vínculo que fueron reparados ó mejorados con el producto de los que se enagenaron: en defecto de uno y otro, contra los bienes del que los desmembró y sus herederos, ó contra los restantes bienes de la vinculacion que se considerarán libres para este efecto.

Art. 18. En el caso de que la finca ó bienes hayan recobrado su libertad por caducidad del vínculo, la reclamacion del comprador quedará espedita, no solo contra los bienes libres del último poseedor ó sus herederos, sino tambien contra los demas bienes que eran del vínculo, aun cuando hubiesen pasado al fondo de mostrencos.

Art. 19. A los actuales poseedores de fincas ó de bienes de los vínculos, contra quienes se dirijan las reclamaciones á que dieren lugar los artículos anteriores, les queda á salvo su derecho para repetir contra los bienes libres del poseedor que vendió, si este consumió el precio, ó le invirtió en su provecho, y no en beneficio de la vinculacion.

Art. 20. Las disposiciones de esta ley serán aplicables á los que en la misma época redimieron censos, cuyos capitales pertenecian á vinculaciones, para que sean reintegrados, si ya no lo hubiesen sido, del capital que redimieron, y de los réditos, desde que por haberse reputado insubsistentes las redenciones, se les volvieron á exigir los censos.

Art. 21. En las obligaciones con hipoteca especial y en las demas enagenaciones hechas en la citada época por título oneroso, se observarán para el resarcimiento las mismas reglas que con respecto á los compradores quedan establecidas en los precedentes artículos.

Si bien esta ley no lleva mas que 11 años de fecha, ofrece escaso interes al jurisconsulto, ya porque á la vuelta de un año debió quedar aplicada á la cuasi totalidad de los casos que principalmente comprendia, ya porque los que quedaren aun pendientes, han caido bajo las disposiciones de la de 1841. Por esta causa serémos muy breves en este punto.

La ley que llevamos transcrita, dejando en pie los mayorazgos y demas vinculaciones, se propuso únicamente reparar, respecto de los que habian adquirido el dominio ú otro derecho á título oneroso, la injusticia que fue consecuencia del cambio político acaecido en 1823.

Al examinar esta ley, tres puntos se ofrecen á la consideracion del jurisconsulto: 1º cuáles son los derechos que reviven: 2º el modo como reviven: 3º ciertas disposiciones generales sobre mejoras, deterioros, etc.

§. 1º *Derechos que revivieron por la ley de* 35.

Llevamos dicho que ella no tomó en consideracion las adquisiciones que provenian de título lucrativo. Ahora, importa determinar si todos los derechos adquiridos á título oneroso de los poseedores de mayorazgo, revivieron en términos que pudiesen hacerse efectivos sobre los bienes del mismo. En cuanto á los derechos reales no puede caber dificultad, sea cual fuere el título de la adquisicion, con tal que tu-

viese el carácter de oneroso. La ley se refiere principalmente al dominio, porque en clase de transmisiones, la del dominio es la mas general: ademas habla al fin de la constitucion de hipoteca especial, de lo que se arguye que con mayoría de razon vendrán comprendidos los censos y las servidumbres, dado que semejantes derechos afectan mas directamente á la cosa, que la simple hipoteca. Por la inversa, si el poseedor actual ó el sucesor inmediato otorgaron la redencion de un censo ú otra carga establecida en provecho del vínculo, revivió por la misma ley el derecho del que la sufria, quedando por consiguiente libres sus bienes.

¿Qué dirémos de las obligaciones contraidas por el poseedor actual mientras estuvo en observancia la ley de 11 de octubre? ¿el mismo poseedor ó sus herederos pudieron y debieron satisfacerlas en 1835 con la mitad del vínculo, si no alcanzaban los bienes libres? Las obligaciones podian ser contraidas con hipoteca especial, con hipoteca general, ó sin hipoteca: ahora bien, la ley de 35 al ocuparse de obligaciones se concreta á las que se hallaban garantidas con hipoteca especial; luego tendrémos que las demas debian pesar sobre los bienes libres del poseedor actual é inmediato que se obligaron.

Es de advertir que el artículo 4º equipara á las trasmisiones á título oneroso verificadas por los mismos poseedores ó inmediatos, las que procedieren de los que habian adquirido de aquellos á título lucrativo.

§. 2º *Del modo como revivieron los derechos adquiridos, que la ley de 35 tomaba en consideracion.*

Veamos los principales casos que podian ofrecerse, y cómo los resuelve la ley, ó de qué modo debieron resolverse segun el espíritu de la misma.

Adquisicion del dominio por compra.

El comprador de una finca de mayorazgo podia hallarse en uno de los casos siguientes.

1º *Compradores que aun se hallaban en la tenencia de las fincas, en uso del derecho de retencion que les concedió la real cédula.*— A estos, por el art. 2 de la ley les queda desde luego garantido el pleno dominio. Pero ¿qué debia hacerse en el supuesto que alguno de los compradores estuviese ya reintegrado, existiendo un fallo que asi lo declarase, ó que hubiere celebrado convenio acerca la devolucion del precio? Creemos que, á pesar de los arts. 11 y 14, los que mantienen en vigor semejantes fallos y convenios, el comprador quedára dueño absoluto en este caso; ya porque los citados artículos se refieren visiblemente al comprador que hubiese devuelto la finca, ya atendidos los términos absolutos con que está concebido el art. 2º, ya en fin porque el mero hecho de la posesion ó tenencia es de grande peso, el que inclina la balanza, en las leyes reparadoras, cual la de 1835.

2º *Compradores que habian devuelto las fincas por haber fallecido la persona ó personas respecto de las cuales tenian el derecho de retencion.* — Por punto general á los que se hallaban en este caso, el art. 3º les atribuia el derecho de percibir íntegro el precio junto con un rédito del 3 por 100, á contar del dia de la devolucion. Sin embargo, en virtud del art. 5º el poseedor que entonces era del vínculo podia elegir entre indemnizar ó entregar la finca: para la eleccion se le daban 60 dias desde que fuese requerido, y el año de la promulgacion de la ley, para cumplir, caso que escogiera la via de la indemnizacion. Eligiendo la entrega, esta debia verificarse al momento, sin perjuicio del derecho del comprador á los réditos. En el supuesto de no haber elegido dentro de los sesenta dias del requerimiento, la accion del comprador, de alternativa pasaba á ser determinada para el precio y los réditos; y caso de no cumplir el poseedor del vínculo dentro del año, hubiere ó no habido por su parte eleccion de indemnizar, el dominio de los bienes se transmitia de derecho al comprador, quedándole ademas salva su accion para los réditos, segun lo dispuesto en el art. 8º.

Los réditos debieron reclamarse por regla general establecida en el artículo 6º, de aquellos que hubiesen poseido la finca y con proporcion al tiempo que cada uno la hubiese disfrutado. Pero esta regla creemos con el Sr. Pacheco que no debió aplicarse al caso que el poseedor del vínculo quisiera conservar los bienes; pues que para entonces, segun el art. 5º, debia entregar al comprador *el precio de la venta y los réditos que le correspondian*, lo que equivale á decir, todos; y si bien el citado art. 6º dice que los réditos de que hablan los artículos anteriores se reclamarán proporcionalmente de los que hubiesen poseido la finca, esto no debe entenderse del caso que nos ocupa, para el cual se habia dispuesto especialmente, sino de los demas comprendidos en las disposiciones generales de los arts. 5º y 3º.

Hasta aqui hemos supuesto que la finca devuelta por el comprador permanecia en el vínculo. Pero era posible que se hubiese enagenado mediante autorizacion real, caso que la ley ha previsto, disponiendo en el art. 17 que entonces la reclamacion se dirigiera contra la

finca ó bienes subrogados ó mejorados con el producto de los que se enagenaron; y en defecto de uno y otro contra los bienes libres del que los desmembró y sus herederos ó contra los restantes de la vinculacion. Inútil parece advertir que en semejante caso la accion del comprador es determinada para el precio y los intereses, es decir que no cabe eleccion de parte del poseedor del vínculo; pues que no siendo posible uno de los dos miembros de cualquiera obligacion alternativa, esta se convierte en determinada, sin que se consienta que el deudor dé un equivalente de aquello que no está en su mano entregar. Los bienes que la ley designa como responsables, son en clase de garantía ó como hipoteca.

Si los bienes habian recobrado su libertad por caducidad del vínculo, procedia, á tenor del art. 19, la reclamacion contra los bienes libres del último poseedor ó sus herederos y contra los demas bienes que fueron del vínculo, aunque hubiesen pasado á mostrencos. La accion en este caso habia de ser igual á la del anterior, por identidad de razon, á no ser que la finca se hallase en poder de los herederos del último poseedor. Si esto acontecia, parece que el comprador pudo vindicarla directamente, apoyado en el espíritu de la ley, la que si concedió el derecho de retener mediante indemnizacion la cosa vendida, fue únicamente por el interes de los vínculos, cuya conservacion, á lo menos de parte de ellos, entraba en el sistema de la época en que aquella se dictó.

3.r caso: *Que el comprador hubiese devuelto los bienes en concepto de hallarse reintegrado del capital por medio de la retencion, ó que un fallo asi lo hubiere declarado.* — El comprador en este caso no tuvo otro derecho que el de dirigirse para los intereses contra los que habian disfrutado la finca, y por el tiempo que cada uno la hubiera poseido: y estos intereses debieron calcularse rebajando del capital en cada año la cantidad percibida; arts. 14, 15 y 16.

4º caso: *Que el comprador hubiese devuelto los bienes celebrando convenio con él poseedor del vínculo ó con el sucesor inmediato, sobre el reintegro del precio.* — Semejante convenio debió llevarse á efecto, salva la accion rescisoria por lesion en mas de la mitad, y sin perjuicio de los réditos, sirviendo para ellos de base el precio de la venta; arts. 11 y 12.

En la aplicacion de este artículo pudieron ocurrir algunas dificultades. En primer lugar, si el que prometió el reintegro habia fallecido insolvente ¿tuvo derecho el comprador para dirigirse contra el que entonces poseia el vínculo, al efecto de que escogiera entre la indemnizacion ó la entrega de la cosa? Parece que no estuvo en la intencion de la ley, que declaró ante todo que los compradores tenian derecho á ser reintegrados, el dejar en semejante caso sin accion efectiva al comprador, sino que se refirió al convenio que pudiese tener cumplimiento, pues que en semejantes convenios no cabia elegir ó desechar personas, atendido que obraba una fuerza irresistible, la real cédula de 11 de marzo.

En segundo lugar, podia promoverse duda acerca el modo de estimarse la lesion en mas de la mitad. Supóngase vendida una finca por el precio de 200,000 rs. vn., y que muerto poco despues de la real cédula el poseedor del vínculo que vendió dicha finca, convino el comprador con el sucesor inmediato que intervino en la venta, que este le daria en distintos plazos la cantidad de 96,000 rs. vn. á título de reintegro; y añádase á todo esto que dicho inmediato era de edad algo avanzada. En este caso, si se atiende al derecho vigente á la época del convenio, no hubo lesion, porque la cantidad prometida montaba tanto como podian valer los frutos, atendido el número de años que por un cálculo de probabilidades viviria el poseedor del vínculo. Pero lesion habia en nuestro concepto atendido el espíritu de la ley de 35 que quiso desaparecieran todas las injusticias que eran resultado de la real cédula; y creemos que en general la lesion ha debido estimarse comparando el precio de la venta con la cantidad que se prometió á título de reintegro.

En tercer lugar cabia dificultad en cuanto á los réditos; á saber, si habia ó no derecho para reclamar del que se obligó al reintegro ó de sus herederos, la parte de los mismos réditos correspondiente al tiempo que poseyó la finca. El motivo de dudar está en que este se obligó al reintegro bajo el concepto de no responder de cosa alguna mas respecto de la finca enagenada; de donde puede argüirse que ya que se le precisa á cumplir su promesa, este cumplimiento solo, le deja libre de cualquier otra reclamacion, pues que bajo ese concepto el convenio se celebró.

Por fin, á otra cuestion podia dar lugar el art. 11., y versa sobre los derechos que adquiriria en la finca el poseedor del vínculo que reintegrara del precio al comprador, en virtud de convenio celebrado anteriormente. Nosotros no le hubiéramos concedido derecho alguno, ya porque la ley lo atribuye únicamente al poseedor que, requerido ó no, pagara el precio y los réditos; ya tambien porque semejantes convenios de reintegro, partiendo de la real cédula, versaban en el fondo sobre los frutos que la cosa podia producir, de cuyos frutos, bajo el nombre de réditos, se hace responsables á los poseedores sin atribuirseles

en cambio derecho alguno sobre la finca.

Adquisicion á título de permuta.

En la permuta con que se adquirieron bienes vinculados, ó se dió sobreprecio al vinculista, ó no le hubo.

Para el segundo caso no dispuso la ley: las cosas debieron permanecer como estaban, dándose por supuesto que despues de promulgada la real cédula de 24, el vinculista recobraria la finca enagenada, devolviendo la que habia recibido. Sin embargo, si esta devolucion no tuvo lugar porque el vinculista hubiese enagenado en 1824, la finca que se le dió en cambio de la vinculada, no dudamos que el otro permutante quedaria dueño absoluto de esta en 1835, si se hallaba en posesion de ella, y que caso que la hubiera devuelto tendria derecho á reclamar la vinculada ó su estimacion, junto con los réditos, en los mismos términos que el comprador.

En el supuesto de haber mediado sobreprecio de parte del que recibió la finca vinculada, atribuye el artículo 9 á este permutante iguales derechos que por la misma ley se conceden á los compradores. Concebida la disposicion en términos tan generales, no dejaria de presentar dificultades en su aplicacion, atendido que los datos de las cuestiones sobre permuta, no guardan entera analogía con los hechos sobre los cuales dispone la ley respecto de la compra y venta.

Tres casos principalmente podian presentarse. 1º, Que el permutante hubiese recobrado la finca que dió y que se hallara en la tenencia de la vinculada para reintegrarse del sobreprecio. 2º, Que recobrada su finca, devolviera despues la vinculada por fallecimiento del vinculista. 3º, Que no hubiese recobrado su finca por haberla enagenado el vinculista y careciendo al mismo tiempo de la tenencia de la vinculada. En el primer caso parece que debió, al igual del comprador, quedar dueño absoluto de la finca vinculada, entregando la otra al poseedor del vínculo y nó á los herederos del que celebró el contrato de permuta, como se deduce del art. 19. Pero ¿qué debia hacerse en el supuesto de no ser posible semejante devolucion? El espíritu general de la ley de 35 no alcanza á resolver tales dudas: si ella reconociese esplícitamente como válido lo obrado en virtud de las leyes de desvinculacion, no habia mas que aplicar las reglas del derecho comun; pero en calidad de ley de transaccion ó reparadora, ni admite el principio ni lo desecha; de ahí es que difícilmente puede aplicársela con seguridad mas allá de donde alcanzan sus palabras. En el segundo caso, esto es, en posesion de su finca el permutante y devuelta la vinculada, es indudable que tenia derecho á reclamar desde luego el sobreprecio junto con los réditos; y si el sobreprecio no se le satisfacia dentro del año, creemos que podia vindicar la finca vinculada entregando la suya, pues que en un caso análogo se declaraba dueño al comprador. En el tercer caso la resolucion es mas fácil: al permutante que carecia de una y otra finca, le correspondian las mismas acciones que al comprador, tomándose por precio de la adquisicion el valor de la que dió por la vinculada, con mas el sobreprecio.

Adquisicion en fuerza de transaccion.

El que en cambio de derechos litigiosos que reconocia en todo ó en parte, recibió una finca perteneciente á mayorazgo, se hallaba en el mismo caso que el que hubiese adquirido bienes de la misma clase á título de permuta. Asi pues, si al promulgarse la ley de 35 se hallaban restablecidas las cosas á su primitivo estado, cual si la transaccion no hubiese tenido lugar, ninguna accion correspondia: si al transigente no pudo restablecérsele en la posesion de su derecho despues de la real cédula, quedó dueño de la finca vinculada en 1835, si entonces la tenia en su poder en uso del derecho de retencion; y caso de que la hubiese devuelto, le correspondió accion para reclamar el valor de la misma con los réditos, y la accion vindicativa, si dentro del año no habia recibido dichas cantidades. Decimos el valor de la cosa vinculada, porque no cabe estimar lo que se dió en cambio de ella, por ser litigioso.

Adquisicion á título de adote.

Semejante adquisicion se considera de la clase de las onerosas, si la promesa de dotar hubiere precedido al matrimonio; de consiguiente á este caso tambien se aplicaria la ley de 35, si el adote hubiese consistido en bienes procedentes de vinculacion, y la aplicacion no podia hacerse de otra suerte que equiparando el acto á la compra y venta, cuyo precio seria el que se habia dado á la cosa dotal, si es que hubo estimacion, y en su defecto, el valor que por peritos se diere á ella.

Derecho de hipoteca en garantía de alguna obligacion.

El artículo 21 da valor únicamente á la hipoteca especial, disponiendo que en las obligaciones donde ella se encuentre se observarán para el resarcimiento las mismas reglas que se establecen para los compradores. Pero en nuestro dictámen la aplicacion debia hacerse

prescindiendo en cuasi todos los puntos del contesto literal de la ley, para no atender mas que á su espíritu; á causa de que si bien la hipoteca es un derecho en la cosa, tiene el carácter de pura garantía. En primer lugar, el comprador desposeido á quien dentro del año desde la publicacion de la ley no se le satisfacieran el precio y los réditos quedaba dueño de la finca; mientras que el acreedor hipotecario al cual no se le pagara dentro dicho plazo, no podia adquirir otro derecho que el de instituir la accion hipotecaria.

Ademas el comprador se dirigia para el precio contra el poseedor del vínculo; al paso que en nuestra opinion el acreedor debia hacer antes escusion en los bienes del principal obligado; á no ser que la hubiese practicado en vista de la real cédula de 11 de marzo; porque no cabe en el espíritu de la ley de 35, el conceder una reintegracion mas amplia que el restablecimiento del derecho que la real cédula habia anulado. La misma escusion creemos que debia tener lugar en cuanto á los intereses del capital, antes de reconvenir por ellos á los que hubiesen usufructuado la finca hipotecada.

Si la finca habia salido del vínculo, ó este se hubiese estinguido, el acreedor podia dirigir su accion, contra los bienes que marcan los artículos 17 y 18.

Redencion de censos.

A los que redimieron censos que formaran parte de alguna vinculacion, les alcanza tambien la ley que nos ocupa. Si lo dispuesto respecto de los compradores debiese aplicarse literalmente al caso de redencion, tendríamos que deberia distinguirse entre el censualista que en uso del derecho de retencion estaba en posesion de no pagar, el cual debe ser equiparado al comprador que por igual causa se hallaba en la tenencia de la finca vinculada, y el que habia vuelto á satisfacer las pensiones: el primero habia de quedar libre, esto es, asegurado en la redencion del gravámen; y al segundo le hubiera correspondido accion para requerir al vinculista al efecto de que eligiera entre la indemnizacion ó ver estinguido el censo.

Pero el artículo 20, el único que habla de esta materia, no espresa de un modo absoluto que lo dicho sobre los compradores deba entenderse de los que redimieron censos de mayorazgo ú otra vinculacion; sino que á ellos les serán aplicables las disposiciones de la ley, *para que sean reintegrados, si ya no lo hubiesen sido, del capital con que redimieron y de los réditos.* Tenemos pues, que la accion que en todo caso correspondia inmediatamente al censualista no reintegrado, era para alcanzar ese reintegro, así del capital como de los réditos; pero como podia suceder que el poseedor del vínculo no quisiese ó no se hallara en disposicion de verificarlo, era preciso que tuviera para este caso un derecho subsidiario, y este habia de ser el de quedar libre del censo pasado el año, sin perjuicio de reclamar los réditos de los que hubiesen percibido las pensiones. Lo dicho sobre los censos es aplicable á las redenciones de servidumbres.

§. 3º *Disposiciones generales de la ley de 35.*

Tienen ellas por objeto las mejoras, los deterioros y las consecuencias del reintegro y de la devolucion.

La cuestion sobre mejoras y deterioros no cabia en el caso de no haberse devuelto la finca por el comprador ó el que por otro título oneroso la adquirió. En los demas era posible, y cuasi nunca dejaria de presentarse, ora se escogiese el medio de la restitucion, ora el de la indemnizacion: el poseedor actual que devolvia la finca, podia haberla deteriorado ó mejorado; así como era posible que la hubiese mejorado ó deteriorado mientras la tuvo, el comprador á quien se indemnizaba.

El artículo 10 de la ley de 35 dispone, que sobre este punto se esté al derecho comun, y el 11 deja en su fuerza y vigor los fallos con autoridad de cosa juzgada, que se hubieren proferido sobre semejantes reclamaciones. Pero, si bien el derecho comun determina qué clase de mejoras deben abonarse y cuáles sean los deterioros que pueden reclamarse; sus principios no alcanzan á resolver ciertas dudas que en esta materia habian de presentarse; pues que toda ley reparadora ó de transaccion, traspasando el derecho comun, se coloca en una esfera donde las reglas del mismo no son aplicables á cada paso. Se preguntaria, por ejemplo, si el poseedor del vínculo, al restituir la finca enagenada, tendria derecho á cobrar el importe de las mejoras que procedieran de otra persona; por el contrario, si él habia de responder directamente de los deterioros que no hubiese causado, ó si la accion debia dirigirse contra el autor de los mismos, á semejanza de lo que se practicaba respecto de los réditos. A la primera pregunta creemos que no hubiera sido difícil contestar. Reincorporada la finca al mayorazgo, las mejoras hechas en ella cedieron en beneficio del mismo, de consiguiente en provecho de él pudieron reclamarse por el poseedor. En cuanto á los deterioros, parece que el comprador pudo reclamarlos directamente del poseedor del vínculo, salvo el derecho de este para la indemnizacion contra los que los causaron: así pa-

recia exigirlo el espíritu de la ley, pues que en todo caso hace directamente responsables de la restitucion de la cosa á los bienes del mayorazgo, á no ser que se diere la estimacion ó precio: y atendido que el valor de los desperfectos es una parte del capital, y por consiguiente en ninguna manera puede compararse con los réditos.

Pasemos á ocuparnos ahora de las consecuencias del reintegro y de la restitucion.

Segun el art. 7º el que con fondos propios reintegrara el precio de los bienes enagenados, aunque fuese el mismo que los enagenó ó el inmediato que intervino en el contrato, quedaba autorizado para considerar como libres dichos bienes. Pero cuando el artículo habla del vendedor, debe entenderse del supuesto que el precio se hubiese invertido en provecho de la vinculacion, pues que en el caso contrario le hace responsable de dicho precio el artículo 19, á cuyo efecto da accion al que sea reconvenido por el comprador, contra los bienes libres que hubiere dejado el vendedor.

Es pues la primera consecuencia del reintegro del precio la facultad de considerar como libres los bienes que se enagenaron. No dice la ley que desde luego sean libres, porque entonces á los poseedores actuales que hubiesen querido agregar al mayorazgo semejantes bienes, no les era posible sin una autorizacion real: sino que llevando la intencion de conservar las vinculaciones, quiso dejar en plena libertad á los vinculistas, considerando aun como vinculados los bienes cuyo precio se entregaba por aquellos, mientras no manifestaran considerarlos como libres. Pero ¿cuál debia ser esta manifestacion? pudo hacerse entre vivos ó en última voluntad; el mero hecho de hacer testamento creemos que no hubiera sido bastante, á no ser que el testador no hubiese tenido otros bienes de que disponer.

Conviene advertir que el reintegro podia verificarse respecto de una parte del precio de la finca enagenada, como en la permuta, y aun en el caso de venta, si el comprador habia usado por algunos años del derecho de retencion: entonces el poseedor que entregaba dicha parte de precio habia de tener derecho á una parte proporcional de la finca.

Otro efecto del reintegro era el poder repetir el que lo verificara, contra los bienes del que enagenó, si este no invirtió el precio en beneficio de la vinculacion, como llevamos indicado mas arriba; y esta misma accion tenia lugar en el supuesto de restituirse los bienes enagenados.

Esta accion la ejerceria en provecho suyo el poseedor que habiendo reintegrado al comprador de fondos propios no quisiera considerar como libres los bienes que fueron vendidos. La ejerceria por el interes del vínculo el mismo poseedor que manifestara querer el dominio absoluto de dichos bienes, y el que en vez de reintegrar, los devolvia.

ARTICULO III.

RESTABLECIMIENTO DE LA LEY DE 11 DE OCTUBRE DE 1820 Y SUS ACLARATORIAS, HACIÉNDOSE REVIVIR LA GENERALIDAD DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN FUERZA DE LAS MISMAS.

Real decreto de 30 *de agosto de* 1836.

Art. 1.º Se restablece en toda su fuerza y vigor el decreto de las Córtes de 27 de setiembre de 1820, publicado en las mismas como ley en 11 de octubre del mismo año.

Art. 2.º Quedan asimismo restablecidas las aclaraciones relativas á la desvinculacion, hechas por las Córtes en 15 y 19 de mayo de 1821 y en 19 de junio del mismo año.

Art. 3.º La ley restablecida por este decreto principiará á regir desde la fecha del mismo.

Art. 4.º Se reserva á las próximas Córtes determinar lo conveniente sobre las desmembraciones que tuvieron los mayorazgos mientras estuvo vigente la ley de 27 de setiembre de 1820 por donaciones graciosas ó remuneratorias, ó por cualquiera otro título de dominio legítimamente adquirido.

Art. 5.º Los convenios y transacciones celebrados con los interesados, á consecuencia de lo dispuesto en la ley de 9 de junio de 1835, tendrán cumplido efecto.

Ley de 19 *de agosto de* 1841.

Art. 1.º Las leyes y declaraciones de la anterior época constitucional sobre supresion de mayorazgos y otras vinculaciones, que estan válidamente en observancia desde 30 de agosto de 1836 en que fueron restablecidas, continuarán en vigor solo en la Península é Islas adyacentes.

Art. 2.º Es válido y tendrá cumplido efecto todo lo que se hizo en virtud y conformidad de dichas leyes y declaraciones, desde que se espidieron hasta 1.º de octubre de 1823. Serán respetados y se harán efectivos los derechos que en aquel período se adquirieron por lo establecido en las mismas, del modo que se espresará en los artículos siguientes.

Art. 3.º Los bienes vinculados correspondientes á la mitad de que pudieron disponer los poseedores, y cuyo dominio transfirieron

á otros por cualquier título legítimo, ya oneroso, ya lucrativo, se devolverán á los que los adquirieron, ó á sus herederos en su caso, si la traslacion se hizo con los requisitos y formalidades prevenidas en las citadas leyes y declaraciones, y los adquirentes no han recibido ya su valor ó equivalencia.

Art. 4.° Si los que á virtud de esta ley deben recobrar bienes amayorazgados que por título lucrativo adquirieron desde 11 de octubre de 1820 hasta primero del mismo mes de 1823, ó entrar en posesion de ellos, hubiesen recibido con posterioridad á este último dia algunas cantidades por via de dote ú otra causa cualquiera, con arreglo á las respectivas fundaciones, ó en virtud de pactos celebrados entre los poseedores anteriores y sus inmediatos, quedan obligados al abono de la mitad de la suma en que consistan, debiendo recibirlo en cuenta de lo que les corresponda. Las pensiones alimenticias dadas al inmediato sucesor y á los hermanos del poseedor en virtud de la fundacion, no estan comprendidas en la disposicion de este artículo.

Art. 5.° Recobrarán tambien su fuerza y se harán efectivos los contratos que celebraron los referidos poseedores desde 11 de octubre de 1820 hasta 1.° de igual mes de 1823 con respecto á la enagenacion, hipoteca ú obligacion de la mitad de los bienes de que podian disponer.

Art. 6.° Se entregarán á los herederos testamentarios ó legítimos de los mismos poseedores y á los legatarios, los bienes que respectivamente les correspondieran de la mencionada mitad, si dichos poseedores fallecieron antes del 1.° de octubre de 1823.

Art. 7.° Las disposiciones de los artículos que anteceden son aplicables á la otra mitad de los bienes vinculados reservada á los inmediatos sucesores, si adquirieron el derecho á disponer de ella por fallecimiento del anterior poseedor, ocurrido antes de 1.° de octubre de 1823.

Art. 8.° Los que en virtud de esta ley deben recobrar bienes de que fueron privados por lo dispuesto en el real decreto de 1.° de octubre de 1823, y cédula de 11 de marzo de 1824, ó entrar en posesion de los que con arreglo á la ley de 11 de octubre de 1820 les correspondieron, no tienen accion para reclamar los frutos y rentas de los mismos bienes, producidos desde 1.° de octubre de 1823 hasta la publicacion de esta ley.

Art. 9.° Los poseedores en 11 de octubre de 1820 que fallecieron desde 1.° de octubre de 1823 hasta 30 de agosto de 1836, no transfirieron derecho alguno para suceder en los bienes que se reputaban durante este último período como vinculados.

Art. 10. Los que desde 11 de octubre de 1820 hasta 1.° del mismo mes de 1823 sucedieron en bienes que habian sido vinculados, y fallecieron desde este último dia hasta el 30 de agosto de 1836, no transmitieron por sucesion testada ni intestada derecho de suceder en los bienes que á su fallecimiento estaban considerados como vinculados. Esto no se entiende con los herederos de los que habian adquirido bienes vinculados por compra ó cualquiera otro contrato, durante el citado período desde 11 de octubre de 1820 á 1.° del mismo mes de 1823.

Art 11. Se declaran válidas y subsistentes las enagenaciones de bienes vinculados que se hayan hecho desde 1.° de octubre de 1823 hasta 30 de agosto de 1836 en virtud de facultad real y con las formalidades prescritas por derecho. El producto de las ventas que no se haya empleado en mejora ó beneficio de la vinculacion, se imputará al vendedor en la parte de esta que le corresponda como libre.

Art. 12. Se esceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior las enagenaciones de aquellos bienes que específica y determinadamente pueden recobrar otros interesados en virtud de esta ley. Si estos los hubiesen adquirido por título oneroso, los recobrarán, indemnizándose al comprador posterior de los otros bienes existentes en las vinculaciones; y si el título hubiese sido lucrativo, los retendrán los que con facultad real los hayan adquirido, indemnizándose al que debiera recobrarlos de los demas bienes de las vinculaciones.

Art. 13. Tambien se declaran válidas y subsistentes las adquisiciones que hayan hecho las vinculaciones por permuta subrogacion ú otro título; y los bienes asi adquiridos se considerarán en el mismo caso que los demas que las componian.

Art. 14. Los contratos y transacciones que se hayan celebrado en consecuencia de la ley de 9 de junio de 1835; las ejecutorias dictadas en su virtud, y lo que se haya practicado en cumplimiento de la misma, se guardará y cumplirá en todas sus partes.

Art. 15. Los poseedores de las fincas vinculadas y los dueños de las que deban entregarse en cumplimiento de esta ley, podrán reclamarse mutuamente con arreglo á derecho,

los desperfectos y mejoras de las mismas, desde 1.° de octubre de 1823 hasta la promulgacion de esta ley.

Art. 16. Los viudos y viudas de poseedores de vínculos ó mayorazgos, sea la que quiera la época en que se hubiesen casado, no tendrán derecho á otras consignaciones alimenticias que las que resulten de promesas y convenios celebrados con arreglo á derecho en capitulaciones matrimoniales, ó en otros instrumentos legalmente otorgados, y esto con la disminucion que se espresará en el art. 18.

Art. 17. Los dichos poseedores, y en su caso los sucesores inmediatos, aun teniendo herederos forzosos, podrán consignar á sus mugeres ó maridos por escritura pública ó por testamento y en concepto de viudedad, hasta la cuarta parte de la renta de la mitad de los bienes, cuya libre disposicion han adquirido.

Art. 18. Las consignaciones de viudedad en virtud de facultad competente concedida desde 1.° de octubre de 1823, y antes del 30 de agosto de 1836, tendrán su debido cumplimiento, siendo responsables á él los bienes que existian en las vinculaciones al tiempo de concederse la facultad, menos los que deban entregarse á otros interesados en virtud de esta ley; pero cuando haya esta disminucion se disminuirá proporcionalmente la cantidad consignada.

Art. 19. Lo mismo se entenderá con respecto á las consignaciones de alimentos que los actuales poseedores deben pagar á los sucesores inmediatos ú otras personas con arreglo á las fundaciones, pactos ó fallos de los tribunales.

Art. 20. Quedan derogadas, en cuanto sean contrarias á esta ley, la de 9 de junio de 1835 y cualesquiera otras órdenes ó decretos.

El decreto y la ley que acabamos de transcribir, considerados juntamente, pueden distribuirse en cuatro partes; á saber: 1ª, restablecimiento de las leyes de desvinculacion.— 2ª, restauracion de los derechos adquiridos en virtud de las mismas. — 3ª, disposiciones sobre viudedades y alimentos. — 4ª, declaraciones de varios puntos que podian ofrecer duda á consecuencia del cambio que se practicaba.

§. 1º *Restablecimiento de las leyes de desvinculacion.*

El real decreto de 30 de agosto de 1836., que la verificó, dice en su artículo 3º que la ley restablecida empezará á regir desde la fecha del mismo decreto, ó lo que es igual, como si en aquel mismo dia hubiese sido promulgada. Tratándose de una ley de distinto órden no podia dar lugar á dificultad alguna esta disposicion ó declaracion tan acertada; empero habiendo la desvinculacion producido derechos á favor del poseedor del vínculo y su inmediato y respecto de terceras personas, pueden nacer algunas cuestiones que vamos á indicar, recorriendo los principales casos que pueden ocurrir.

Si el que era poseedor del vínculo en 1820, enagenó el todo ó parte de la mitad, y vivia aun en 30 de agosto de 1836; cabe la duda acerca del modo como respecto á él y al inmediato deberia aplicarse la ley de 11 de octubre; esto es, si considerándose el vínculo con todos los bienes de que se componia, se adjudicará la mitad al poseedor actual, imputándose en ella el valor de las fincas que enagenó. La razon de dudar consiste en que disponiendo el decreto que la citada ley empiece á regir desde la fecha del mismo, parece que el poseedor debió recibir la mitad de todo lo que entonces existia vinculado, prescindiendo tan solo de los bienes que se hubiesen restituido en virtud de la ley de 35. Empero la razon de decidir se encuentra al considerar que la declaracion hecha por el decreto se dirige á prevenir una reaccion completa, y no á beneficiar á los poseedores actuales en mayor cantidad que la que les adjudica la ley de 11 de octubre.

En el supuesto que el que era poseedor del vínculo en 1820, falleciera testado ó intestado antes de octubre de 1823, y dado que sus herederos vivieran el dia 30 de agosto de 1836; á estos les ha correspondido la mitad de que pudo disponer dicho poseedor del vínculo: ahora bien ¿la otra mitad quedaria íntegra para el poseedor actual? ó bien considerándose cual si en ella estuviera la totalidad de la vinculacion ¿se dividiria entre dicho poseedor y el sucesor inmediato? Si el que era poseedor de la vinculacion en 36 murió antes de promulgarse la ley de 19 de agosto de 1841, sus herederos pudieron reclamar la mitad íntegra de lo que era vinculado al promulgarse el decreto de 30 de agosto, esto es, de todo, pues que entonces nada estaba separado, no hallándose reconocidas las transmisiones por testamento ó abintestato de parte del que era poseedor en 1820: pero como despues de la ley de 41 vendrian reclamando la mitad los herederos del que era poseedor en 1820, y esta reclamacion si no consistia en cosas determinadas, debió pesar sobre las dos mitades en que hemos dicho se habia dividido la totalidad de los bienes, tendrémos en últi-

mo resultado que al que era poseedor del vínculo en 1836, no le ha correspondido ni puede corresponderle mas que la mitad de lo que restaba entonces, despues de deducido lo que á otras personas correspondia por derechos adquiridos en fuerza de la ley de 11 de octubre. Si la reclamacion de los herederos del poseedor del vínculo en 1820, es de bienes determinados, por haberse ya practicado la division en aquella época, se dirigirá la accion contra aquel á quien hayan cabido al efectuarse la division en fuerza del restablecimiento de las leyes de desvinculacion: y este que sea reconvenido tendrá derecho á pedir que la division se rectifique, por haber entrado en cuenta ciertos bienes que la ley ha declarado posteriormente que pertenecian á terceras personas. Igual resultado obtendríamos en el supuesto que el que era poseedor en 1836, hubiese fallecido despues de promulgada la ley de 1841, ó que viviera aun, tanto si la division se habia practicado, como si esta no habia tenido lugar.

Tambien será el mismo el resultado en el caso que el que era poseedor del vínculo en 1820, hubiere enagenado á título lucrativo el todo ó parte de la mitad, habiendo fallecido antes ó despues del 1º de octubre de 1823, pero con anterioridad al decreto de 30 de agosto de 1836.

Es verdad que aplicando la ley de esta suerte, quedará en cualquiera de los dos últimos casos el poseedor actual perjudicado en los derechos, que como sucesor inmediato tenia adquiridos en 1820, bajo una condicion que se ha verificado: pero á consecuencia de la restauracion de los vínculos y del fallecimiento del que era poseedor en la pasada época, nació una espectativa que no pudo desatenderse cuando se restableció la ley de 11 de octubre: y natural era entonces distribuir la pérdida, en vez de cargarla esclusivamente á este nuevo sucesor inmediato.

En el supuesto que el que era poseedor del vínculo en 1820, de nada hubiese dispuesto entre vivos, y que sus herederos no existieran ya, ó que hubieren fallecido antes del 30 de agosto de 1836, pero con posterioridad al 1º de octubre de 1823; no cabe entonces la menor dificultad, pues que no hay desmembracion alguna: los bienes que componian la vinculacion quedan íntegros para dividirse entre el que se hallaba ser el poseedor del mayorazgo en 1836, y el sucesor inmediato.

§. 2º *Restauracion de los derechos adquiridos en virtud de las leyes de desvinculacion.*

Es menester distinguir cuatro clases de adquisiciones ó derechos: adquisiciones á título oneroso — las que proceden de título lucrativo entre vivos — derechos dimanados de sucesion testamentaria ó abintestato — derechos procedentes de obligaciones contraidas por el que era poseedor de la vinculacion.

Adquisiciones á título oneroso. — Hemos visto que ellas habian sido objeto de la ley de 35, la que si bien en todo caso no restituia al adquirente el dominio que por semejante título se le transmitió, le concedia á lo menos el derecho á una reparacion. Pero no satisfecha con esto la ley de 41, le da derecho (art. 3º) á él y á los herederos, en su caso, para pedir directamente la devolucion de los mismos bienes, si aun no los hubiese recobrado, á no ser que ya hubiere recibido su valor ó equivalencia. En este lugar pueden ofrecerse varias dificultades, de solucion mas ó menos difícil.

Es la primera, si se entenderá únicamente por título oneroso, para los efectos de la ley que nos ocupa, el que fuera tal respecto del poseedor del vínculo que hizo la transmision; ó bien si se comprenderán tambien bajo dicha denominacion las adquisiciones onerosas que hizo un tercero, que adquirió por compra ú otro título de esta clase del que habia sucedido por testamento ó abintestato al referido poseedor.

Esta cuestion que interesa por la distincion que se hace mas adelante entre herederos que existian en 30 de agosto de 1836, y herederos que entonces eran fallecidos, la habia prevenido la ley de 35, equiparando en su art. 4º los que compraron de los herederos del que era poseedor actual ó del inmediato en su caso, con los que directamente hubiesen adquirido de alguna de estas personas. No rechazando ninguna de las palabras de la ley de 41, esa igualdad entre las dos clases de adquirentes, no es posible dejar de admitirla, atendido que la misma ley, así en el objeto como en los medios, va mucho mas allá que la de 35.

Es la segunda dificultad, si deberá decirse que ha recibido el valor ó equivalencia de los bienes que en otro tiempo adquirió, el que se encuentra reintegrado del precio en el sentido de la ley de 35. Un ejemplo pondrá mas de manifiesto nuestra idea. El sugeto B compró á un precio no muy alto cierta finca procedente de una vinculacion: despues de la real cédula retuvo la finca, y al cabo de diez años la devolvió por hallarse ya reintegrado con los frutos: sobrevino la ley de 35, y sin embargo de que le daba derecho á pedir los intereses del capital, no los reclamó ni celebró convenio alguno, por no haber dejado bienes el poseedor ó poseedores responsables de dichos intereses. Ahora bien ¿dirémos en este caso que en la intencion de la ley de 41, el adquiren-

te tiene el valor ó equivalencia de los bienes? Difícil nos parece sostener esa inteligencia, atendido que el espíritu que anima á esta ley es muy distinto del que presidió á la formacion de aquella: ademas si se hubiese pensado en admitir la indemnizacion por medio de los frutos, se hubiera espresado, pues que entonces se traspasaba el derecho comun: quizás para hacer sentir lo contrario, en vez de decir *tienen* su valor ó equivalencia, se usaron las palabras *han recibido*, las que en rigor no son aplicables al que reteniendo los frutos de la cosa, ha llegado á formar con ellos un valor equivalente al precio de la misma. Ahora, si el comprador reclamó y obtuvo los intereses en fuerza de la ley de 35, ó á consecuencia de ella convino espresa ó tácitamente con los que debian satisfacerlos, queda privado de vindicar la cosa, segun lo dispuesto por el artículo 14 de la ley que nos ocupa.

Otra cuestion se ofrece, á saber, si el adquirente por título oneroso podrá reclamar juntamente con la cosa, los frutos que ella ha debido producir. Se ha visto mas arriba que la ley de 35, atribuia al comprador y demas adquirentes á título oneroso, una accion alternativa para pedir el precio y los intereses, ó la cosa junto con los mismos intereses ó réditos, los que podia tambien demandarlos el que se hallaba reintegrado del capital: empero el art. 8º de la ley de 41 declara en términos generales, que reclamándose bienes en virtud de lo dispuesto por ella, no cabe accion para pedir las rentas y frutos producidos por los mismos bienes desde 1º de octubre de 1823 hasta aquella fecha. El no hacerse distincion por el citado artículo, es á primera vista un argumento muy fuerte de que quiso comprender toda especie de adquisiciones; sin embargo, no sin fundamento puede sospecharse si tal vez al redactarlo sus autores tuvieron únicamente á la vista los bienes adquiridos por título lucrativo: en efecto, aquellas palabras: *los que en virtud de esta ley deben recobrar bienes de que fueron privados* etc., podrian equivaler á *los que por esta ley se les da derecho y que antes de ahora habian sido desatendidos*; y en este sentido no comprendia á los que habian sido objeto de la ley de 35, á quienes correspondió desde luego accion para recobrar los bienes, á no ser que se les devolviera el valor junto con los réditos; y al promulgarse la ley de 41, la tenian directa para vindicar la finca y reclamar los réditos, pues que habia transcurrido el plazo concedido al poseedor del vínculo para optar por el reintegro; de consiguiente á estos nada les daba la nueva ley, correspondiéndoles la accion vindicativa en fuerza de la anterior. Asi pueden esplicarse las palabras, *en virtud de esta ley*; y ellas eran sin disputa redundantes, si no hubiesen tenido por objeto escluir de la disposicion á los que en fuerza de la de 35 tenian el derecho reconocido; pues entonces bastaba haber dicho, *los que deben recobrar bienes de que fueron privados por lo dispuesto* etc. Agréguese á lo dicho que con el espíritu que domina en esta ley, dictada como para suplir y enmendar la de 35 en beneficio de los que habian adquirido bienes de vinculaciones, no parece muy conforme el que hubiera privado á los adquirentes por título oneroso de una accion que tal vez en aquellos momentos se estaba preparando; y tanto mas estraño se presentaba, cuanto nada les ofrecia en cambio.

Esta cuestion se habrá ofrecido poquísimas veces en la práctica, porque pocos serian los que en 1841 no hubiesen recobrado los bienes ú obtenido el reintegro. Lo que pudo haber acontecido á muchos es, que despues de habérseles devuelto los bienes á consecuencia de la ley de 35, difirieran reclamar los réditos, haciendo indagaciones acerca de los bienes libres que habian dejado los que disfrutaron las fincas: á estos no les puede comprender por ningun concepto el artículo 8º de la ley de 41, toda vez que no estaban en el caso de recobrar bienes algunos, cuando ella fue promulgada.

Por fin, hubiéramos tenido otra cuestion en el supuesto que la finca ó bienes adquiridos por título oneroso se hallaran en poder de terceros poseedores, habiendo salido del vínculo, mediante real cédula que autorizara la enagenacion; pero el art. 12 de la ley ha prevenido esta dificultad, y partiendo de la validez de la adquisicion anterior, ha declarado que aun en este caso la accion vindicativa procedia contra tales poseedores, quienes á su vez deberán ser indemnizados con los demas bienes de la vinculacion.

Adquisiciones por título lucrativo entre vivos. — Estas adquisiciones revivieron sin distincion por la ley de 41; es decir, aun cuando hubiese fallecido el donatario antes del 30 de agosto de 1836, correspondiendo entonces á sus herederos la accion para recobrar las cosas donadas. No obstante hay una diferencia entre el que funda su derecho en un título de esta clase, y el que lo deriva de causa onerosa: este vindica los bienes de que se hallare desposeido, sin que se le pueda escepcionar otra cosa fuera de las mejoras; al paso que aquel debe abonar, segun el art. 4, la mitad de las cantidades que á título de dote ó por otra causa hubiere recibido con arreglo á la fundacion, desde 1º de octubre de 1823, hasta que desaparecieron por segunda vez los vínculos en 1836, esceptuando las pensiones

alimenticias que el interesado hubiese recibido con arreglo á la misma fundacion, en calidad de sucesor inmediato ó de hermano del que era poseedor del vínculo.

Empero ¿esta disminucion, semejante abono, comprende tambien á los que por título oneroso habian adquirido del que por causa lucrativa recibió los bienes directamente del que era poseedor actual? Esta cuestion la hemos resuelto ya de un modo general en el §. anterior: dejamos dicho allí que en nuestro dictámen, lo que dispone la ley de 41 sobre los adquirentes á título oneroso, alcanza tambien á los que no lo tuvieran directamente del que era poseedor actual ó su inmediato, aun cuando la transmision que cualquiera de los dos verificara hubiese sido á título lucrativo: asi pues, en el caso propuesto no habria lugar á pedir ó escepcionar el abono de que se trata. No obstante podrá el poseedor actual demandarlo al que ejecutó la enagenacion á título oneroso, esto es al donatario: asi lo exige el espíritu de la ley, si no ya sus palabras; pues que de otra suerte ese donatario conseguiria un doble lucro, de que ella ha querido privarle.

Adquisiciones á título de herencia ó manda. — A los que aleguen semejante título no les cabe accion alguna si el poseedor de quien pretenden ser herederos ó legatarios falleció desde 1º de octubre de 1823 hasta 30 de agosto de 1836; y aun cuando el poseedor hubiere fallecido antes del 1º de octubre de 1823, si sus sucesores ya no existian en 30 de agosto de 1836, no tendrán derecho los herederos de estos: arts. 5, 9 y 10. La ley pone estas escepciones despues de haber establecido por regla general que revivian todos los derechos dimanados de sucesion legítima ó testamentaria.

Las reclamaciones que se fundan en el título de sucesion quedan tambien sujetas á la disminucion de que habla el art. 4º, esto es al abono de la mitad de lo que hubiesen recibido los herederos ó legatarios desde el 23 al 36 por via de dote ó bajo otro nombre con arreglo á la fundacion, esceptuando los alimentos.

En este lugar sobre todo es de grande interes la cuestion que hemos tratado en el §. 1, é indicado al ocuparnos de los donatarios; á saber si las disposiciones de la ley de 41, que se refieren á las adquisiciones por título oneroso, serán tambien aplicables al que mediante un título de esta clase adquirió del heredero legatario ó donatario del que era poseedor actual antes del 1º de octubre de 1823. Si ella se resuelve por la afirmativa, á lo que nos hemos inclinado, tendrémos que el sugeto que antes del 1º de octubre de dicho año hubiese comprado un finca procedente de vinculacion, al heredero ó legatario del poseedor, podria reclamarla, aunque el vendedor hubiere fallecido antes del 30 de agosto de 1836: tendríamos ademas, que á ese comprador no podria objetársele el abono de que acabamos de hacer mérito con referencia al artículo 4º de la ley de 41.

Derechos procedentes de obligaciones contraidas por el que era poseedor de la vinculacion. — Estas obligaciones, ó son de cosa determinada, como ventas, donaciones de tal ó cual finca, no habiendo tenido lugar la tradicion; ó tuvieron por objeto una cosa mas ó menos indeterminada, por ejemplo, mil pesos, cien cabezas de ganado de tal calidad; y en el segundo caso, ó la obligacion se contrajo con hipoteca, ó sin ella.

Las obligaciones de cosa determinada perteneciente á la mitad de que pudo disponer el que se obligó, ya fuese el poseedor actual, ya el sucesor inmediato en su caso, indudablemente recobraron su fuerza atendidos el espíritu y letra del artículo 5º de la ley de 41: en el mismo caso están los contratos sobre la totalidad ó una parte de dicha mitad, háyanse ó no individualizado las fincas. La dificultad recae sobre las obligaciones en dinero ó de cosa indeterminada contraidas sin hipoteca por el que en la pasada época era el poseedor actual: la letra del artículo 5º no las comprende, pues que los contratos que las causaron no eran referentes á la enagenacion de la mitad de los bienes de que podia disponer dicho poseedor; y que tampoco versaban sobre la *obligacion* de los mismos en el sentido de la ley, la que emplea esta palabra como sinónima de hipoteca; y no cabia usarla en otro sentido, toda vez que de un contrato sin hipoteca, no resulta mas obligacion que la que pesa sobre la persona.

En general, las obligaciones contraidas por el que era poseedor del vínculo, no tendrán por garantía la mitad de los bienes que correspondia á dicho poseedor, á no ser que recayesen sobre todos ó parte de tales bienes, ó que se les hubiese agregado la hipoteca de ellos. Las simples obligaciones contraidas por los poseedores ó los inmediatos en su caso, que versaren sobre cantidades ó cosas indeterminadas, ó bien referentes á fincas determinadas que no procedieran de las vinculaciones, deberán hacerse efectivas con los bienes libres que hubieren dejado las personas obligadas.

§. 3º *Disposiciones sobre viudedades y alimentos.*

Cuatro clases de viudedades habian de ofrecerse á la consideracion de los legisladores de

1841. 1ª Las debidas ya en 11 de octubre de 1820: 2ª las que en dicha época se hallaban legítimamente consignadas, pero que no eran debidas, por no haber venido aun el caso de viudez: 3ª las consignaciones de viudedad legítimamente hechas desde 1º de octubre de 1823 hasta 30 de agosto de 1836; y por último las que los poseedores actuales que eran en 1836 y los inmediatos en su caso, desearan verificar á favor de sus consortes bajo el mismo título de viudedad.

En cuanto á las viudedades de la primera clase no cabia la menor innovacion respecto de lo que establecia la ley de 11 de octubre de 1820. Si se encontraba alguna viuda de aquella época, necesariamente habia de seguir cobrando la pension íntegra con arreglo al art. 10 de dicha ley, y con igual garantía ó hipoteca, esto es, con la de todos los bienes procedentes de la vinculacion, aunque se hallaran en poder de terceras personas; porque á pesar de los cambios que han esperimentado los bienes vinculados, no perjudicaba á ningun derecho, ni defraudaba la menor esperanza, mayormente si el poseedor del vínculo en 1836 era el mismo de 1820. La disminucion de que habla el artículo 18 de la ley de 41 no puede aplicarse á las viudedades de que se trata, á pesar de la generalidad de las palabras del artículo 16; pues que habiendo otras á las cuales naturalmente puede referirse, no debemos llevar la ley mas allá de donde alcanza su espíritu. A lo mas, podria admitirse, en el supuesto de no ser el poseedor actual el mismo de 1820; que por la parte de viudedad proporcional á los bienes enagenados, debiese hacer escusion la viuda en los de los herederos del que los enagenó; sin perjuicio del derecho de hipoteca sobre todos los que pertenecian al vínculo.

Las viudedades de la segunda clase, las que se hallaban consignadas en 11 de octubre de 1820 y que aun no eran debidas, habian de ser objeto de una disposicion especial. La ley de 11 de octubre tambien las habia respetado, pero á diferencia de las primeras, á las que dió por garantía todos los bienes procedentes de la vinculacion, aunque se enagenaran, dispuso que estas pesaran en cuanto á la mitad sobre los bienes libres que dejara el poseedor, y en cuanto á lo restante sobre la parte reservada al inmediato. Ahora bien, como al restablecerse las leyes de desvinculacion podia encontrarse disminuida la cantidad de bienes que debian dividirse, con motivo de las enagenaciones practicadas por los que eran poseedores en la pasada época, y como por otra parte los bienes enagenados no quedaron responsables al pago de semejantes viudedades; se creyó justo que se disminuyeran con proporcion á dichos bienes. Justo era en efecto, en el caso de ser distinto el poseedor actual; pero en el supuesto de ser el mismo que enagenó desde 20 á 23, no hallamos motivo que justifique la disminucion. Esta limitacion no la rechaza el artículo 16 de la ley de 41, toda vez que son generales los términos con que está concebido.

Las viudedades consignadas en virtud de facultad competente desde 1º de octubre de 23 hasta 30 de agosto de 36, quedan tambien garantidas, pero sujetas á la misma disminucion que las anteriores. Tambien respecto de ellas hallamos que debia haberse distinguido, pues que no mediaba la misma razon para disminuir el gravámen, asi en el caso de ser el poseedor actual la misma persona que lo era en 1820, como en el supuesto de ser distinto el vinculista.

Sobre las consignaciones de viudedad que hemos referido á la cuarta clase, no se ofrece la menor dificultad. Si el poseedor actual no tiene herederos forzosos, puede disponer de sus bienes como le parezca. Si los tiene, por las leyes del Reino estaria únicamente facultado para disponer del quinto; pero el artículo 16 de la ley de 41 le autoriza para consignar la renta de la cuarta parte de la mitad que le corresponde, á favor de su consorte, en concepto de viudedad.

Empero, esta facultad que le atribuye la ley, ¿será sin perjuicio de que pueda disponer del quinto de todos los bienes? Al momento que el poseedor actual tuvo en calidad de libre la mitad de los bienes que componian la vinculacion, pudo libremente disponer por las leyes del Reino, del quinto de dicha mitad, asi de la propiedad como del usufructo; ahora bien, ampliando la ley de 41 esta facultad en cuanto al usufructo, quedó salvo el derecho comun en punto á la propiedad, de la que podrá disponer á favor de quien quiera, consolidándose con ella el usufructo asi que fallezca la viuda á la cual se lo hubiere consignado á título de viudedad. Si el poseedor actual tenia otros bienes, sin dificultad podrá disponer del quinto de ellos; porque respecto de los mismos nada ha innovado la ley que nos ocupa; y esta disposicion será sin perjuicio de lo que le está permitido sobre los que fueron vinculados.

Réstanos hablar de los alimentos debidos á sucesores inmediatos ú otras personas con arreglo á las fundaciones, pactos ó fallos de los tribunales. El artículo 19 de la ley de 41 tambien los declara sujetos á una disminucion proporcional á las fincas enagenadas. Nosotros opinamos que en este punto deberian hacerse distinciones análogas á las que llevamos indi-

cadas tocante á las viudedades; porque el alimentista que lo era en 1820 y que aun vivia en 30 de agosto de 1836, mayormente en el supuesto de ser el poseedor actual el mismo de aquella época, no pudo equipararse á aquel cuyo derecho se purificó despues de la restauracion de las vinculaciones. Si bien se examina el conjunto de los artículos 16, 17, 18 y 19 de la ley de 41, se presenta como muy probable que su objeto fue únicamente disponer sobre los alimentos y viudedades que tuvieron principio despues de la ley de 11 de octubre de 1820.

§. 4°. *Declaraciones que hace la ley de* 19 *de agosto de* 1841.

Bajo ese título comprendemos aquellas disposiciones aclaratorias que hubieran podido deducirse con mas ó menos seguridad del espíritu que domina en la ley.

En primer lugar se declaran válidas las enagenaciones de bienes vinculados hechas con las formalidades legales desde 1º de octubre de 1823 hasta 30 de agosto de 1836; salvo el imputar al vendedor en la mitad que le corresponda como libre, el todo ó parte del precio que no hubiese invertido en beneficio del mayorazgo. A continuacion se esceptúan las fincas que mientras estuvieron vigentes las leyes de desvinculacion se transmitieron por título oneroso á otras personas; cuyas fincas podrán vindicarlas los antiguos dueños, debiendo indemnizarse á los compradores posteriores con los demas bienes procedentes de la vinculacion.

La ley parte del supuesto que el poseedor actual es el mismo que vendió autorizado por real cédula: pero pudo haber fallecido en 41 esta persona; y entonces es claro que al poseedor actual no se le hará imputacion por no haberse invertido el precio, sino que al contrario este poseedor y el sucesor inmediato tendrán accion para reclamar de los herederos del vendedor dicho precio, como un crédito que era del cuerpo moral vinculacion, y como tal, parte de la misma.

Otra dificultad podria ocurrir y es relativa al caso que se vindiquen los bienes al que los compró apoyado en real cédula. Supóngase que antes de llevarse á cabo la restitucion, el poseedor actual ha enagenado el todo ó parte de la mitad que le correspondia, y que los bienes que restan no alcanzan para indemnizar á aquel comprador ¿tendrá este accion contra los terceros poseedores? No es probable que venga este caso, porque sea que el poseedor actual promoviera la division, sea que para evitarla solicitara el consentimiento del inmediato, ó la autorizacion judicial para enagenar, habia de tenerse en cuenta la indemnizacion que se debia por semejantes bienes vendidos desde el 23 al 36. Sin embargo, si por no haberse habido razon de ella, ó por cualquier otra causa, no bastase lo que aun no se habia enagenado, opinamos que el comprador de tales bienes podria dirigirse contra los terceros poseedores de los que últimamente hubiere enagenado el poseedor actual; porque al privarle la ley del dominio legítimamente adquirido, quiso darle en compensacion la mayor garantía posible, la que no pudo ser otra que el derecho de hipoteca sobre los demas bienes de la vinculacion, de los cuales dice, que será indemnizado.

Otra aclaracion hace la ley, y es relativa á las adquisiciones que hubieren hecho los vínculos, por permuta, subrogacion ú otro título: tales adquisiciones quedan subsistentes, y los bienes subrogados ó de otra suerte adquiridos, deben considerarse al igual de los demas que componian la vinculacion. Toda vez que las leyes de desvinculacion se restablecieron sin atribuírseles efecto retroactivo, resultó reconocida la existencia legal de los mayorazgos y demas vinculaciones desde 1.º de octubre de 1823 hasta 30 de agosto de 1836; de consiguiente no podia caber cuestion acerca la validez de semejantes adquisiciones.

En tercer lugar, la misma ley declara firmes y estables los contratos y transacciones que se hubieren celebrado en consecuencia de la de 9 de junio de 1835, asi como las ejecutorias dictadas en fuerza de la misma; en una palabra, todo cuanto en cumplimiento de ella se hubiese practicado.

Son tres las clases de actos á los cuales la ley da firmeza.

Primero, á los judiciales; y en este punto es esplícita; quiere que sean ejecutorias; de suerte que de nada servia el hallarse la accion instituida en juicio, si este no habia tocado á su término.

Segundo, á los convenios, ó transacciones, que se dirigieran á dar cumplimiento á lo prevenido en la misma ley, ó á dirimir alguna duda que en la aplicacion se presentara. Pero ¿qué dirémos de las transacciones celebradas desde 30 de agosto de 1836 hasta 19 del mismo mes de 1841? ¿quedarán subsistentes los que durante ese período de duda se formalizaron entre los poseedores actuales y sus inmediatos, ó entre estos y los herederos de los primeros? A primera vista parece que deben reputarse nulas, atendido de una parte que no cabe transaccion sobre ley espresa y terminante, y de otra, que la ley de 41 da por sentada la fuerza legal del real decreto de

30 de agosto de 1836. Empero, es indudable que la duda existia y que los pareceres andaban discordes, asi en el foro como en los tribunales; y esa incertidumbre sobre un punto legal, la que bastaba, mientras duró, para legitimar una transaccion, podia dirimirse directa ó indirectamente por el poder legislativo; mas á pesar de esto lo pasado quedaba en pie, la duda habia existido. Menos dificultad puede haber acerca de los fallos de los tribunales pronunciados durante el mismo periodo.

En tercer lugar, la ley de 41 da por válido lo que se hubiese practicado en cumplimiento de la de 35, esto es, los hechos ó actos de ejecucion, debiendo necesariamente entenderse, que semejantes actos producirán los efectos que la ley de 35 les atribuia. Aqui cabe una cuestion que vamos á esponer. Supóngase que el comprador celebró, á consecuencia de la real cédula de 23, un convenio con el poseedor del vínculo sobre el reintegro del precio; y que despues de la ley de 35 acabó de recibir la cantidad convenida, porque dicha ley, estableciendo la validez de semejantes convenios, no le dejaba otro recurso que pedir la cantidad pactada junto con los réditos. En este caso parece que asi lo convenido como lo ejecutado es mera consecuencia de la real cédula; empero, atendido que por la ley de 35 se dejó al convenio su fuerza y valor, la consumacion del mismo fue en virtud de dicha ley, y por esta causa puede referirse á los actos á los cuales la ley de 41 respeta. Iguales consideraciones tienen cabida en el supuesto que teniendo recibida el comprador en 1835 la cantidad convenida, hubiese pedido y obtenido los réditos en fuerza de la ley promulgada entonces. Ahora, si no los hubiere demandado, ó habiéndolos exigido, no se le pagaron; parece que en rigor nada le obstará para que pueda vindicar los bienes comprados, porque no existe transaccion ni convenio celebrado á consecuencia de la ley de 35, ni acto alguno practicado en cumplimiento de ella: á no ser que, la cantidad recibida en fuerza del convenio sea tal que pueda considerarse como el valor ó equivalencia de los bienes.

Otra declaracion hace la ley de 41 y es, que en caso de restitucion de fincas, pueden los interesados reclamarse mutuamente con arreglo á derecho, los desperfectos y mejoras. Sobre esta regla general pueden suscitarse las mismas dudas á que da lugar una declaracion análoga hecha en la ley de 35; véase lo que llevamos dicho sobre este punto al fin del artículo anterior.

Por último, la ley de 41 espresa quedar derogada la de 35 en cuanto le sea contraria. No nos detendrémos en hacer una comparacion de las dos leyes para determinar en qué puntos esta puede tener observancia: lo que llevamos dicho tocante á cada una de ellas y en particular sobre el espíritu de aquella en cada uno de los estremos que abraza, basta para decidir los casos que ocurran.

TABLA

DE LOS TÍTULOS Y LEYES DE LA SESTA PARTIDA.

Aqui comienza la sesta Partida de este libro, que fabla de los Tes amentos, e de las herencias; la qual contiene 19 *Titulos. Item* 272 *Leyes.*

ADVERTENCIA.

Apenas comenzada la publicacion de esta obra, hubo que lamentar la temprana muerte del apreciable colaborador D. José Ferrer y Subirana. Vinieron entonces á llenar este hueco los SS. D. Felipe Vergés y D. Francisco Permanyer, abogados del Iltre. Colegio de esta ciudad, y al presente sustitutos de la Universidad literaria.

Seguia la obra sin tropiezo hasta que sobrevino la muerte de otro colaborador, del respetable D. Ignacio Sanpons, que con tanta maestría estaba desempeñando las materias de la 1.ª Partida.

Tratóse desde lüego de reparar en lo posible esta pérdida por medio de alguna ó algunas personas muy versadas en las materias eclesiásticas. El público puede juzgar ya de la eleccion, con la 6.ª entrega de la misma Partida.

Las materias de las Partidas 5.ª y 6.ª, que en este tomo se contienen, han sido desempeñadas por D. Ramon Martí de Eixalá.